٤ر٢١٧
ك.ن

الكافى شرح الوافى كلاهما للنسفى ، عبد الله
ابن أحمد - ٧١٠ هـ . كتب فى القرن التاسع
الهجرى تقديرا .
ج٣ (٢٩٧ق) ٢٣س ٢٣×١٧ سم
٤٨٥٢ نسخة جيدة ، خطها نسخ حسن ، بأولها نقص
الاعلام ٤ : ١٩٢ كشف الظنون ٢ : ١٩٩٧
١ - المذهب الحنفى ، فقه المذاهب
الاسلاميه أ - المؤلف ب - تاريخ النسخ

Copyright © King Saud University

٤٨٥٢

Copyright © King Saud University

(٥٧)

رتبها الناسخة
متفرقًا لا المولفه
از بعض النسخ

كتاب الدعوى الاقرار الصلح المضاربة الوديعة العارية بعض لمسائل
الهبة الاجارة المتفرقات المكاتب الولا الاكراه الحجر الماذون
الغصب الشفعة المتفرقات القسمة المزارعة المساقاة الذبائح
الاضحية الكراهية احيا الموات الاشربة الصيد الرهن المتفرقات
الجنايات المتفرقات الديات القسامة والعاقلة العاقلة الوصايا المتفرقات
الخنثى مسايل شتى الفرايض تم

وقف الشيخ زين الدين سليمان
على ... عزيز وقفية كاتبه الفقير تاج الدين محمد ...

اوراق
عدد
٤٩٤

٥٦ تم

مكتبة جامعة الملك سعود "قسم المخطوطات"
الرقم : ٩٥٤ ف ٢٩٠٢
العنوان : الكافي شرح الوافي
المؤلف :
تاريخ النسخ :
اسم الناسخ :
عدد الأوراق :
ملاحظات :

سوقه لا تبطل الوكالة لانها ليست من جنس الدراهم فتتعلق الوكالة بالمسمى ولو وزن الف درهم
بين يديه واراه وقال اشتر لي امة بهذا الالف الفلوس والمائة الدنانير تعلقت بالمشار اليه
لانهما علما بحاله وعلم كل واحد بعلم صاحبه وتجعل ذكر الدنانير مجازا عن المدح وذكر الفلوس مجازا
عن الذم وان لم يدفع اليه الالف حتى هلكت او صرفها الامر الى حاجة نفسه بطلت الوكالة
لانها لا تتعين قبل النقد ولو قال خذ هذا الالف الدراهم التي في هذا الكيس مضاربة
بالنصف ودفع وهي زيوف ان علما وعلم كل واحد بعلم الاخر فالمضاربة بها وان لم يوجد العلوم
فهي بالجياد فلو اشترى بالف ونقد الزيوف ورضي بائعه صح والزيوف راس المال وان لم يرض رجع
بالجياد على الامر وان هلكت الزيوف قبل الشرى بطلت المضاربة ولو كان في الكيس ستوق
والامر يعلم فسدت المضاربة لان قبض الستوق لا يصح عن الدراهم ويبقى وكيلا فلو اشترى به له اخ
شله ولو كان في الكيس خمسمائة جياد فاشترى امة تساوي الفا بالف فنصفها بالمضاربة ونصفها
للامر ولا اجر له لان قبض راس المال شرط صحة المضاربة ولم يوجد الا في النصف رجل قال
لغيره بعني هذا الشيء بهذه الدراهم فباعه ونقده فاذا هو زيوف فان علم بها وقت البيع
صح نقده وان لم يدر مشتريه ويكفي علم البائع لان الحق له فاذا علم به ورضي يجوز وان لم
يعلم رد عليه ورجع بالجياد ولو كان ستوقا يشترط رضاهما لانه ليس من جنس الدراهم
وكان قبضه بدلا عن الدراهم فكان استبدالا محضا فلا يصح الا بالتراضي ولو قال بع
عبدي هذا بعبد او بكر بر واشتر لي به عبدا او عشرة اثواب هروية او اجر داري
هذه بعبد او بعشرة اثواب هروية صح التوكيل ويعد مثل قيمته واجر مثله في
الاجارة ح لو اشترى الوكيل به عبدا بعينه او اجر الدار بعبد بعينه وقيمته مثل قيمة
العبد ومثل اجر الدار واقل بغبن يسير صح ولا يصح بغبن فاحش قيل هذا قولهما لان
الوكيل لا يملك البيع بغبن فاحش عندهما اما عنده فيملك اذا وكله بالشراء وان
وكله بالبيع يملك بغبن فاحش والصحيح انه قول الكل لان هذا بيع مقايضة وكان كل
واحد بايعا من وجه مشتريا من وجه وان باعه بعبد بغير عينه او اجر الدار بعبد بغير عينه
لا يصح لان الحيوان لا يجب دينا في الذمة في معاوضة مال بمال بخلاف معاوضة

مال باليمين بمال كالخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم عمد والكتابة وكذا لو باع العبد او آجر الدار
بكر بن عمرو عن او عمرو او ابن هو وبه نعرفهما او من الصفة والاجل صح ويفقد تسلم قيمة العبد
وتسليمه اجرة مثل الدار والوكيل بالشرى اذا اشترى من يعتق على الامر بقرابة او حلف
نفذ على الامر لان الامر مطلق وتخليص رقبة القريب عن ذل الرق يصلح مقصودا اما الاستخدام
فلا يفسد المطلق بالتملك ملوما له اطاها او استخدمها او باعها لا ينفذ على الامر وينفذ
على المامور لوجود المقيد

كتاب الدعوى

يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطا وانما
والمصدر الادعا افتعال من دعا والدعوى على فعلى اسم منه والفها للتانيث فلا ينون
يقال دعوى باطلة او صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى
في الحرب ان يقول الناس يا لفلان واما قوله دعواهم فيها سبحانك اللهم فمعناها الدعا
وحقيقتها في جميع المواضع ان يدعو الا بنفسك او لنفسك والدعوة بالفتح هي المدعاة
وهي المادبة وبالكسر في النسب والمدعي من يقصد ايجاب الحق على غيره ولا حجة له
وركنها اضافة الحق الى نفسه وشرط جوازها مجلس القضا فالدعوى في غير مجلس القضا
لا يصح حتى لا يستحق على المدعا عليه جوابه وحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه ومعرفة
الفرق بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما يحتاج اليه معرفته في هذا الكتاب وقوله
اذا ترك اي لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه بخلافه اي يجبر على الخصومة اذا تركها
حد صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله بلا حجة
كذي اليد فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه وقيل المدعي من
يتمسك بغير الظاهر والمدعا عليه من يتمسك بالظاهر كما اذا ادعى دينا او عينا الوجوه
على الاخر وانكره فالبينة على المدعي لدعواه امرا عارضا وهو شغل ذمته بحقه والمدعى
عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته فان اقر بالدين وقال قد قضيته
اياه كان هو المدعي لان القضا يعرض على الوجوب فهو الذي يدعي امرا عارضا الان
وكذا ان ادعى الابرا او التاجيل فهو المدعي لان الابرا مفرغ لذمته بعد شغلها باتفاقهما
والتاجيل موخر للمطالبة بعد تقرر سبب توجه المطالبة باتفاقهما فهو الذي يدعي امرا
عارضا فعليه البينة وعلى الاخر اليمين وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر

والاخر هو المدعي وهذا صحيح ولكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
اذ الاعتبار للمعاني دون الصور والمباني فانه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى
وهو انكار معنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه يدعي الرد صورة وهو منكر لوجوب
الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضي اذا ادعى الرد لانه لا يلزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه
على انه رده لان اليمين ابدا تكون على النفي فان قيل المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس بثابت
اذ الرد لم يكن ثابتا وهو يدعيه والمودع متمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فانه
كان ثابتا وهو يدعيه فكان ينبغي ان يكون المودع مدعيا والمودع مدعى عليه قلنا
المودع يدعي فراغ ذمته عن الضمان وهو اصل والمودع يدعي شغل ذمته وانه لم يكن ثابتا
ولهذا قبل قوله اذا اقامها اعتبارا للصورة ويجبر على الخصومة وحلف اعتبارا للمعنى ولا
تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اعلم ان الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة
فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهو احضار الخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب
ووجوب الجواب واليمين اذا انكر والاثبات بالبينة ولزوم احضار المدعى والفاسدة
ما لا يتعلق بها الاحكام التي ذكرناها وفساد الدعوى باحد معنيين اما ان لا يكون ملزمة شيا
على الخصم اذا ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله او يكون المدعي مجهولا في نفسه لان فايدة
الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام لا يتحقق في المجهول لان القاضي
لا يتمكن من القضا بالمجهول بينة المدعي ولا بنكول المدعى عليه فان كان المدعى عينا
في يدي المدعا عليه كلف احضارها لتسوليها بالدعوى وكما في الشهادة والاستحلاف
لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذا في المنقول بالاشارة لانها ابلغ اسباب التعريف
حتى قالوا في المنقول التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوها حضر الحاكم عندها او بعث
امينا وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعا معلوما لان الاعيان تتفاوت والشرط
ان يكون الدعوى في معلوم وقد تعذرت مشاهدة عينها فوجب ان يذكر قيمتها
ليصير معلوما وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة
وقال القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة فيها وان كان العين غايبا وادعى
انه في يد المدعى عليه وانكر ان بين المدعي قيمته وصفته سمع دعواه وتقبل بينته

وان لم يبين القيمة فقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته
ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة
لتضرر به ٥ ولو كان المدعى عقارا ذكر حدوده لتعذر التعريف بالاشارة لانه لا
ينقل فيصار الى التحديد اذ العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة فان ذكر ثلاثة من الحدود
يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لان التعريف لم يتم ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف
ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك وكذا ونظيره اذا ادعى شراء
شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل عليه وان سكتوا عن نقد الثمن ولو ذكروا انه لم
واختلفوا لم يقبل وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وان ذكروا ثلاثة
من الحدود قبلت شهادتهم عندنا خلافا لزفر وذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا
بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به على ما عرف فان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره وفي
الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة
مغنية عنه وله ان قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد وذكر انه في يد المدعى عليه
لانه انما يصير خصما بكونه في يده فاذا لم يكن في يده فلا خصومة بينهما ولا يثبت اليد في
العقار بتصادق المدعي والمدعى عليه لانه انما يصير خصما بكونه في يده فاذا لم يكن في يده
انه في يده لم يثبت بالبينة او علم القاضي في الصحيح فربما يكون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا
على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه معاين وذكر انه يطالبه به لان المطالبة حق
المدعي فيشترط طلبه لانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وانما
يزول هذا الاحتمال بالمطالبة ولهذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق
وان كان دينا في الذمة ذكر انه يطالبه لما قلنا ولا بد من تعريفه بالوصف لان الدين
يعرف به واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم اذ الحكم بالبينة
يخالف الحكم بالاقرار فان اقر قضى عليه بها واطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار
حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما
اقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها وان انكر طلب القاضي
من المدعي البينة على دعواه لان الاصل في فصل الخصومة البينة وبهذا بدا رسول
الله صلى الله عليه وسلم حيث قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال

ورتب اليمين على عدم البينة فلا بد من السؤال عن البينة ليتمكن من الاستحلاف فان احضر البينة
قضى عليه بها لانه نور دعواه بالبينة فهي فعيلة من البيان لانها دلالة واضحة يظهر بها
الحق من الباطل وقيل هي فعيلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب وان
عجز عن اقامة البينة استحلفه القاضي اذا التمس المدعي ذلك لما روينا وانما شرط
طلبه لان اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه اذ الاضافة بحرف اللام المقتضية للاختصاص
تنصيص على ان اليمين حق المدعي والفقه فيه ان المدعي يزعم انه اتوى حقه بانكاره فشرع
الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء بمقابلة اتواء فاليمين الفاجرة تدع الديار
بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر
بوجه ٥

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف
لعموم قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ولابي حنيفة انه عليه السلام قال للمدعي الك
بينة قال لا فقال لك يمينه فانما جعل له يمين الخصم عند عدم الشهود فلا يكون له عند وجود الشهود
كما لو كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي حنيفة في رواية ومع ابي يوسف في رواية ولا يرد
اليمين على المدعي وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد
اليمين على المدعي فاذا حلف قضى به والا فلا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر
كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد اخر فانه يرد اليمين
ان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء لانه عليه السلام قضى بشاهد ويمين
وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط ويقضى عليه بالنكول لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر ومطلق التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه فدل على ان
جنس الايمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعي اذ الالف واللام لاستغراق
الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب
وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول فصار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى
بن معين قد رده ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي
بينة ذي اليد اولى لان بينة الخارج تتقوى بيد ذي اليد لتاكدها باليد لانها دليل الملك
ولهذا لو تنازعا في دابة وكل واحد منهما يدعي انها دابته نتجت في ملكه واقاما البينة

يقضى ببينة ذي اليد ولو برهنا على نكاح امراة والمراة في يد احدهما لا تقبل بينة الخارج ولو ادعى كل واحد انها
امته دبرها او اعتقها او استولدها قضى ببينة ذي اليد ولنا ان البينات شرعت للاثبات
لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام عندنا بحسب
باسبابها اخذت البينة حكم الاثبات كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشرع وفي
حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم محال الى شهادتهم
اجماعا وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه بها يستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر يده وذو
اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فكانت اولى بالقبول لان
البينات للاثبات فيظهر الترجيح اولا بحيث الثبوت فان استويا فحينئذ باليد كما في النتاج فانهما
استويا في الاثبات فان كل واحد من البينتين تثبت اولية الملك لصاحبه وكذا اليد لا
تدل على الاعتاق والتدبير والاستيلاد والولاء فاستويا في الاثبات فيرجح
بينة ذي اليد بيده ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي للحديث اذ الخبر يدل على ان
جنس البينات في جانب المدعي فتضمنه لحرف الاستغراق فلا يبقى بينة في جانب المدعى
عليه اذ ليس وراء الجنس شيء واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى للمدعي بالمال على المدعى عليه
بسبب النكول عندنا وعند الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فان حلف المدعي اخذ
المال وان ابى انقطعت المنازعة بينهما لان النكول يحتمل ان يكون تورعا عن اليمين الكاذبة
ويحتمل ان يكون ترفعا عن اليمين الصادقة كما فعله عثمان رضي الله عنه فقال خشيت ان يوافق
القدر يميني فيقال انه حلف كاذبا فاصيب باليمين الكاذبة ويحتمل ان يكون لاشتباه الحال
والمحتمل لا يكون حجة ويمين المدعي دليل الظهور كما كانت يمين المدعى عليه فصرنا اليها ولنا
ان اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر وترك هذا الواجب بالنكول
دليل على انه باذل او مقر اذ لو لم يكن كذلك لاقدم على اليمين تقصيا عن عهدة الواجب
ودفعا للضرر عن نفسه بدل المدعي والشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع
عن اليمين الصادقة فرجح هذا الجانب في نكوله وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض
عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعى وهذا الانذار لاعلامه
بالحكم اذ هو مجتهد فيه وكان مظنة الخفا فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول
والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد والجمهور على انه

للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل
يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف
وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم القاضي انه لم يكن به طرش ولا خرس في
الصحيح عند ابي يوسف ومحمد يستحلف في النكاح بان ادعى رجل على امراة او هي عليه نكاحا والاخر
ينكر والرجعة بان ادعت عليه او هو عليها بعد العدة انه راجعها في العدة وانكر الاخر ه
والفيء بان ادعى المولى عليها او هي عليه بعد المدة انه فاء في المدة وانكر الاخر والاستيلاد
بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ولدا قد مات وانكر ولا يتاتى
من الجانب الاخر اذ لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها ه
والرق بان ادعى على مجهول انه عبده وانكر الاخر والنسب بان ادعى على مجهول النسب
انه ابنه او هو يدعي عليه والاخر ينكر وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يستحلف في هذه الاشياء
ولا يستحلف في الحدود واللعان عندهم وصورة اللعان ان تدعي المراة عليه القذف
بالزنا ووجوب اللعان وهو ينكر لهما ان هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجري
فيها الاستحلاف كالاموال وعكسها الحدود وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول
والنكول اقرار لان الحالف لما ترك الحلف صار دليلا على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل
باذلا بدليل ان النكول يعتبر من الماذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فجعل
مقرا ضرورة والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت في
نفسه والسكوت محتمل ولا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الازواج
فاشبه حد القذف وله ان النكول بذل واباحة وهذه حقوق لا يجري فيها
البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وعكسه الاموال وهذا لانا
لو حملناه على الاقرار لكذبناه في الانكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب
فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب والبذل لا يجري في هذه
الاشياء فان المراة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لا يعمل بذلها
وكذا لو قال لست بابن لفلان ولا مولى له بل انا حر الاصل ولكن هذا يريد ان يدعيني
فلعته له ان يدعي وكذا لو قال انا حر الاصل بذلت نفسي لتشتري لا يعمل بذله
اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني ابحته وابذله لا يخلص من

خصومته صح بذله فالحاصل ان كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداءً يقضى عليه بالنكول ومالا فلا
وانما اعتبر النكول في العبد المأذون والمكاتب وان كان النكول بذلا لانه بذل لضرورة دفع
الخصومة فلا عداد بدا منه فيملكانه كالضيافة اليسيرة فان قيل لو كان بذلا لانه بذل لضرورة
دفع الخصومة لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف
والدين وصف في الذمة قلنا البذل هنا ترك المنع كان المدعي يأخذه منه بناء على زعمه انه
ماله حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه فان قيل هذا التعليل مخالف
للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان
فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والفتوى على قولهما
وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقوله وان كان
مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله ويستحلف في السرقة فان نكل ضمن ولا يقطع لانه في السرقة يدعي
المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيجب به كما يثبت
بشهادة رجل وامرأتين فانه لا يثبت القطع ويضمن المال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر عندهم لان الاستحلاف يجري في الطلاق اجماعا
خصوصا اذا كان المقصود المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق او النفقة لان دعوى
المال يثبت بنكوله المال لا النكاح وكذا في النسب اذا ادعت حقا كالارث والحجر
في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هو الارث اذا قال المدعي
انا اخو المدعى عليه لابيه وان اباه مات وترك [illegible] مالا في يد هذا المدعى عليه والحضانة
اذا ادعى حرا بان قال هذا الصغير الذي التقطته اخي ولي ولاية الحجر عليه وانكر ذو اليد
والنفقة اذا قال المدعي وهو زمن انه اخو المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وانكر المدعى
عليه ان يكون هذا المدعي اخاه وبطلان حق الرجوع بان اراد الواهب الرجوع في الهبة
وقال الموهوب له انا اخوك فانه يستحلف المدعى عليه على ما يدعي من النسب بالاجماع ولكن
ان نكل يثبت ما ادعى من المال او الحق لا النسب وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما
اذا كان نسبا يثبت باقراره بيانه ان اقرار الرجل يصح بالاب والابن والزوجة والمولى
واقرار المرأة يصح بالاب والزوج والمولى ولا يصح بالابن لان فيه تحميل النسب على الغير
فكان اقرارا على الغير فلا يصح فلو ادعى رجل انه ابوه او ابنه ولم يدع مالا بسببه يستحلف

عندهما لانه لو اقر به يثبت فيستحلف رجاء النكول الذي هو اقرار وان ادعى انه اخوه او عمه او ما اشبه ذلك
لا يستحلف المدعى عليه لانه لو اقر به لا يثبت لان فيه حمل النسب على الغير ومن ادعى على غيره
قصاصا فجحد استحلف اجماعا فان نكل فيما دون النفس اقتص منه وان نكل في النفس لم يقتص
بل يحبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تلزمه الدية فيهما ولا يقضى بالقصاص
لان القصاص فيما دون النفس عقوبة تندرئ بالشبهات فلا يحسن بالنكول كالقصاص في النفس
وهذا لان النكول وان كان اقرارا عندهما ففيه شبهة لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة
لا يكون اقرارا بل يكون بذلا واذا امتنع القود يجب الدية بخلاف ما اذا اقام على ذلك رجلا
وامرأتين او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشيء لان الاصل ان المال مشروع فيه اذا
اضيف القتل الى من عليه اعتبارا بالخطاء واذا اضيف الى الولي لا يجب المال وهنا اضيف
القتل الى من عليه حيث لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطاء ثم اضيف الى الولي الذي اقام تلك
البينة فلم يجب المال ونظيره اذا اقر بالخطاء والولي يدعي وبعكسه لا يجب المال وله ان
الطرف محل البذل فيستوفى بالنكول كالمال وهذا لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فيجري فيه البذل بخلاف الانفس الا ترى انه لو قال اقطع يدي
فقطعه لا يضمن شيئا وهذا اعمال للبذل وانما لم يحل لعدم الفائدة والمال كذلك اذا لم ينفع
الا انه يتعاطى اذا كان مفيدا بان وقع في يده اكلة فقال لآخر اقطع يدي حل له قطعها ولو
قطعه لا يجب عليه شيء والبذل هنا مفيد لانه يصير به متورعا عن اليمين الصادقة بدفع
خصومته عن نفسه فصار كقلع السن الوجع واما الكلام في النفس فهما يقولان ان النكول دليل
فيه شبهة فلا يصلح للقود ووجب المال اعتبارا بالخطاء وهو يقول ان النفس ليست بمحل البذل
فلا يصح اتلافها بالنكول الذي هو بذل الا ترى انها مقصودة وسائر نعيم الدنيا يتبعها ولو قال
لآخر اقتلني فقتله لم يهدر فعله واذا امتنع القود واليمين حق مستحق يحبس كما في
القسامة اذا امتنع واصر عن اليمين يحبس حتى يحلف لان اليمين فيها مستحقة تعظيما لامر الدم
لانها مهلكة فيصلح للتعظيم واذا قال المدعي لي شهود حضور في المصر وطلب
حلفه لم يحلف عند ابي حنيفة وقد بيناه ولكن يقال للخصم اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة
ايام كيلا يغيب فيبطل حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار
حتى تحصل فائدة التكفيل وهو الاستيثاق واخذ الكفيل بعد اقامة البينة قياس

واستحسان وقيل اولهما بمجرد الدعوى استحسان عندنا اذ فيه نظر للمدعي حتى لا يضيع فيتمكن
من اقامة البينة عليه ويمكن القاضي من القضاء عليه فيصل الى حق المدعي وليس في التكفيل
كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر وان كان من قصده الاختفاء
كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا اذ الكفالة تعتمد الوجوب والحضور مستحق عليه بمجرد
الدعوى ولهذا جاز اعداء الخصم بطلب المدعي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره
والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف انه يقدر بما بين
مجلسي القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن
محمد انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء
الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل
ولا بد للتكفيل من قوله لي شهود حضور في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا
يكفل لانه لا فائدة فيه فان ابى ان يعطيه كفيلا لازمه اي دار معه حيث شاء حتى لا يضيع
ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس لان في اخذ الكفيل
والملازمة زيادة على هذا اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا
وله ان يطلب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الاصيل تقام البينة على الوكيل
فيقضى عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل واذا اعطاه كفيلا
بنفس الوكيل له ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل لو كان المدعى دينا لان الدين يثبت في
ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ كفيلا بالمال له ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان
الاستيفاء من الاصيل قد يكون ايسر وان كان المدعى منقولا له ان يطالبه مع ذلك
كفيلا بالعين ليحضرها ولا يبيعه المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك
لانه لا يقبل الغيبة وصح ان يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد
يقوم بهما فلو اقر وغاب قضي لان ذلك قضاء اعانة ولو اقيمت البينة فلم يزل فغاب
المشهود عليه وركب لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لان له حق الرجوع والجرح
في الشهود وعن ابي يوسف انه يقضي وبه اخذ الخصاف ٥

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ٥

واليمين بالله تعالى او بالذي
دون غيره لقوله عليه السلم لا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر

ولا يحلف بالطلاق والعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بالطلاق
لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق وتغلظ بذكر اوصافه
نحو قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما
يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا
شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو
لئلا يتكرر عليه اليمين اذ المستحق يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول قل والله او والله
وهذا لان المقصود منه النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع اذا اغلظ عليه اليمين
ويتجاسر اذا لم يغلظ ولا يغلظ على الرجل المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل
الاجل
يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ويحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على
موسى عليه السلم والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلم والمجوسي بالله الذي
خلق النار فيغلظ على كل واحد بما يعتقد تغليظ اليمين به ليكون رادعا له عن الاقدام
على اليمين الكاذبة وعن ابي حنيفة انه لا يحلف احدا الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك
الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو
اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين تعظيم النار لان اليمين يشعر به ولا ينبغي
ان يعظم النار بخلاف التورية والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم ولا يحلف
الوثني الا بالله اذ الكفرة كلهم مع اختلاف نحلهم يقرون بالله تعالى قال الله تعالى
ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله
ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع عن ان يحضرها ولا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان وقال الشافعي ان كانت اليمين في قسامة او لعان
او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا لا يختص بالمكان فبين الركن والمقام في مكة
وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة وفي مسجد الجامع في غيرهما والمسجد ان لم يكن
جامع وبالزمان زيادة ولان في تكليف بعد العصر يوم الجمعة ولنا اطلاق قوله عليه
السلم واليمين على من انكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة عليه ولان في تكليف القاضي
حضورها حرجا بينا وهو مدفوع بالنص وفي التغليظ بالزمان تاخير حق المدعي في
اليمين الى ذلك الزمان ولان اليمين سبب لقطع الخصومة فلا يختص بهما كالبينة

وسعى ان يحلف على الحاصل اى بالله ما بينكما بيع قائم ونكاح قائم وما يجب عليك رده وما هى باين منك
الان في دعوى البيع والنكاح والغصب والطلاق والاصل ان الدعوى اذا وقعت في سبب
يرتفع بعد وقوعه كالبيع والنكاح والغصب والطلاق فان اليمين يكون على الحاصل لا على السبب
عند ابى حنيفة ومحمد حتى اذا ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف وجحد حلف بالله ما بينكما بيع قائم
ولا يحلف بالله ما بعت فلعله باع ثم اقال وفي دعوى النكاح يحلف بالله ما بينكما نكاح قائم
في الحال ولا يحلف بالله ما نكحت فلعله نكحها ثم خلعها او ابانها وفي دعوى الغصب يحلف بالله
ما يجب عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت فلعله غصبه ثم رده وفي دعوى الطلاق
يحلف بالله ما هى باين منك الساعة ولا يحلف بالله ما طلقتها فلعله طلقها ثم راجعها او
نكحها فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا لانه
لو حلف على ذلك نفى اصل السبب كالبيع ونحوه يكون كاذبا ولو لم يحلف يحكم بسلم العبد العايد
الى ملكه بالاقالة لانه لو ادعى المعنى الطارى لم يقبل قوله واذا حلف على الحاصل فقد نوفى المدعى
والمدعى عليه حقهما لعلمنا ان مقصود المدعى من دعوى البيع ونحوه ثبوت الحكم ومتى امكن انفا
حقهما كان اولى من ابقاء حق احدهما واتواء حق الاخر وعند ابى يوسف يحلف في الجميع على
السبب لان اليمين يستوفى لحق المدعى فوجب ان يكون مطابقة لدعواه والمدعى هو السبب
الا اذا عرض بما ذكرنا بان يقول المدعى عليه اذا عرض القاضى عليه اليمين ايها القاضى قد يبيع
الانسان ثم يقاله فحينئذ يحلف القاضى على الحاصل وعنه انه ينظر القاضى الى انكار
المدعى عليه ان انكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على
الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى راى القاضى ثم التحليف على
الحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر للمدعى
فحينئذ يحلف على السبب اجماعا وذلك بان تدعى مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او
ادعى شفعة بالجوار والمشترى ممن لا يراها بان كان شافعيا اذ لو حلف على الحاصل بالله
ما عليك النفقة او ما هو مستحق للشفعة يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر
في حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب اجماعا كالعبد المسلم
اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا ضرر في
التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد العتق بخلاف الامة والعبد الكافر

فانه يحلف فيهما على الحاصل اى ما هى حرة او ما هو حر في الحال لانه يمكن تكرر الرق على الامة بالردة
واللحاق والسبى وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم وعلى العلم
في الارث اى لو ورث رجل عبدا فادعى رجل انه له ولا بينة للمدعى واراد استحلاف الوارث على دعواه
يحلف بالله ما يعلم ان هذا عبده وعلى البت في الشرى والهبة اى لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه
او اشترى رجل من رجل عبدا فجاء رجل وزعم ان العبد عبده ولا بينة له واراد استحلاف
المدعى عليه يحلف على البتات واصله ان التحليف في الشرع على نوعين على البتات وعلى
العلم وكلاهما مشروع فانه عليه السلم حلف اليهود في القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا
وهذا لان التحليف انما يصح على مبلغ علم من يستحلف فاما ان يحلف ما لا علم له فلا لانه يمتنع
منه شرعا فيبطل حقه او يفعله فيصير حالفا بالباطل ثم المشترى او الموهوب له مالك
بسبب شرعى وضع له وهذا يفيد علما بانه ملكه فيصح تحليفه على البتات لوجود المطلق
له فان ابى فقد نكل عما هو مطلق له فصار باذلا واما الوارث فلا علم له بما صنع مورثه
ظاهرا فلو حلفناه على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به فطولب
بالعلم ان كان له فاذا لم يفعل مع الامكان صار باذلا والضابط ان التحليف على فعل نفسه
يكون على البتات وعلى فعل غيره على العلم فان قيل لا يستقيم هذا او لو ادعى عليه
رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف على البتات وانكار الاباق
فعل غيره قلنا المدعى يدعى عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكر وانه فعله وقيل
التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا اذا كان سببا يتصل به فحينئذ يحلف على
البتات فخرج على هذا فصل الرد بالعيب لانه مما يتصل به اذ تسليم العبد سليما واجب
على البايع ٥ رجل ادعى على رجل مالا فانكر فاستحلف فافتدى يمينه بمال او صالح عن
يمينه على مال فهو جائز لما روى عن عثمان رضى الله عنه انه ادعى عليه اربعون درهما
فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف وعن حذيفة انه افتدى يمينه بمال ولانه لو حلف يقع
في القيل والقال والناس من مصدق ومكذب فاذا افتدى يمينه فقد صان عرضه
وهو حسن قال عليه السلم ذبوا عن اعراضكم باموالكم وليس للمدعى ان يستحلفه بعد
ذلك ابدا لانه اسقط خصومته باخذ البدل عنه ٥

باب التحالف

اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن او المبيع بان ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اكثر منه او اعترف
البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه او اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج
انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قضي له لانه نور دعواه بالحجة
فبقي في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها ملزمة على القاضي الحكم والدعوى
لا تلزم وان اقاما البينة فالبينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات شرعت للاثبات
ولا في الزيادة لا معارضة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان ادعى البايع
اكثر مما يدعيه المشتري من الثمن وادعى المشتري اكثر مما يقر به البايع من المبيع في حالة واحدة
فبينة البايع اولى في الثمن لانها اكثر اثباتا وبينة المشتري اولى في المبيع لانها اكثر اثباتا
وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا
البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان الغرض
قطع الخصومة وقد امكن ذلك بان يرضى احدهما بما يدعيه الاخر عليه فيجب ان لا يعجل القاضي
بالفسخ حتى يسال كل واحد عما يختاره فان لم يتراضيا استحلف القاضي كل واحد منهما
على دعوى الاخر واصله ان التحالف قبل القبض حال قيام السلعة في وفق القياس
لان البايع يدعي على المشتري زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدعي على البايع وجوب
تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا والبايع ينكره وكان كل واحد منهما منكرا وتحليف المنكر موافق للقياس
اما التحالف بعد القبض فعلى خلاف القياس عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المبيع سلم
الى المشتري فلا يكون مدعيا على البايع شيئا فبقي دعوى البايع على المشتري زيادة الثمن وهو
ينكر وانما يجب التحالف بعد القبض بقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبدا بيمين المشتري في الصحيح وهو المروي عن ابي حنيفة
وابي يوسف وهو قول محمد وزفر لانه اقواهما انكارا لانه المطالب اولا بالثمن فيكون هو
البادي بالانكار فيبدا بيمينه ولان اليمين انما شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف
فيما لا يقول ونكول المشتري يعجل فائدته وهو تسليم الثمن ونكول البايع تتاخر فائدته بالنكول
لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع حتى تستوفي
الثمن فكان تقديمه بما يعجل فائدته بالنكول اولى وعن ابي يوسف انه يبدا بيمين البايع
لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر فكان

يعني ان يكتفي بيمينه فان تقاصر عن افادة ذلك فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع
بينهما وقيل يبدا بيمين الزوج في النكاح عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في
المشتري وقد ذكرنا في النكاح انه يقرع بينهما في البداءة وهذا اذا كان بيع عين بدين
فان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بداء القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما في فائدة
النكول وصفة التحالف ان يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ويحلف البايع بالله
ما باعه بالف كذا ذكر في الاصل وذكر في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف
ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف فيضم الاثبات
الى النفي للتاكيد والاحتياط بيانه انه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ربما
يحلف ويكون بارا في يمينه فلعله اشتراه بالف وتسعماية فيبطل حق البايع في مايه
وكذا البايع لو حلف بالله ما باعه بالف ربما يحلف لجواز انه باعه بالف ودرهم ويكون
صادقا في يمينه انه لم يبع بالف فيبطل حق المدعي والاصح الاقتصار على النفي لان
الايمان وضعت للنفي كما روينا من حديث القسامة ولا عبرة بذلك الوهم لان البايع لو
كان باعه بالف وتسعماية لا يدعي البيع بالفين لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه
لا يبالي من الحلف لانه يحنث في يمينه وكذا المشتري لو كان اشترى بالف ودرهم لا يدعي
الشرى بالف لانه يعلم ان البايع لا يبالي من الحلف على الالف لانه لا يحنث في يمينه فان حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما ان طلبا او طلب احدهما وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح
هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه
القاضي قطعا للمنازعة بينهما ولانهما اذا حلفا لم يثبت البدل للتعارض بين قوليهما
فيبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد ولا يفسخ النكاح
لان اثر التحالف في بطلان التسمية وذا لا يخل بصحة النكاح اذ اظهر مايع نه وفي
البيع عدم التسمية يفسده فافترقا وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه صار مقرا
بدعوى خصمه او باذلا له ثم اذا لم يفسخ النكاح يحكم مهر المثل فان كان مثل ذلك فقال
الزوج او اقل قضي بقوله لشهادة الظاهر له وان كان مثل ما قالت او اكثر قضي بقولها
وان كان بينهما بان كان اكثر مما قال واقل مما قالت قضي بمهر المثل لانه لم يثبت الزيادة
على مهر المثل والحط عنه للتحالف فقد ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي

وعند الرازي يحكم مهر المثل ثم يتحالفان وقد شرحناه في كتاب النكاح ولو ادعى الزوج النكاح على
هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الامة فهو كما مر الا ان ههنا الامة اذا كانت مثل مهر المثل
كان لها قيمتها دون عينها لان عينها لا تملك الا بالتراضي ولم يوجد وان اختلفا في اصل
البيع او في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن او في مقدار دفع المسلم فيه لم يتحالفا
والقول لمنكر العقد والاجل وشرط الخيار والقبض اما في الاول فللتفرد بالانكار وبعدم
الاحد في البيوع واما في غيرهما فلانهما اتفقا على المعقود عليه والمعقود به واختلفا في
امر زايد فلا يتحالفان كما لو اختلفا في الحط والابراء بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه
حيث يتحالفان فيهما كما في القدر لان الاختلاف في الصفة مما هو دون اختلاف في المعقود
به فيجري التحالف فيهما وعند زفر اذا اختلف البايع والمشتري في نفي الاجل واثباته او اختلف
العاقدان في السلم في قدر الاجل تحالفا لان النص اوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين
ولم يفصل فيجب التحالف في الاجل كما في الوصف قلنا علق وجوب التحالف باختلاف
المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به
البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فكانه قال اذا اختلف المتبايعان في
المبيع او في الثمن تحالفا فان قيل الاجل يوجب نقصانا في الثمن فكان ذلك اختلافا في
وصف الثمن قلنا الاجل ليس بوصف للثمن بدليل ان الاجل ينقضي والثمن موجود
ولو كان وصفا له لتبعه ولان اصل الثمن حق البايع والاجل حق المشتري ولو كان
وصفا للثمن لكان تابعا للاصل وحقا للبايع فان هلك المبيع ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا
عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول للمشتري وعند محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع
على قيمة الهالك وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او تغير وصار بحال لا يقدر على رده
بالعيب لهما قوله عليه السلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وهذا النص
مطلق ولم يقيد بحال قيام السلعة بقرينة الترادّ اذ المراد به ترادّ العوضين
لا رد العقد لانه لا يتصور ذلك فيقول النص معلول بعلة ان كل واحد منهما يدعي
عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكر اذ البيع يختلف باختلاف الثمن فعدما
الى حال الهلاك ويكون الترادّ للقيمة لان القيمة التي تقوم مقامه ويندفع الزيادة
عن المشتري لو نكل البايع فكان التحالف مفيدا الا ترى انهما لو اختلفا في جنس الثمن بعد

هلاك السلعة يتحالفان بان يدعي احدهما الدراهم والاخر الدنانير ويلزم المشتري رد القيمة ولهما
قوله عليه السلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة
قائمة مذكور على وجه الشرط والمطلق يحمل على المقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد
والتحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لان حال هلاك
السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لان عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف
فانه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما الى راس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك
فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف
اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعي عقدا
اخر لانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري
حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعمه او البايع فلغي ذكر السبب
وصار بمنزلة اختلافهما في الف والفين بلا سبب فيكون القول للمنكر الالف الزايد
وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البايع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر
والمشتري يدعي الشرى بالدراهم والبايع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا
بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة والفايدة المرعية ما يوجبه
العقد وفايدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته بل من موجبات نكول البايع وهذا
اذا كان الثمن دينا فان كان مقايضة يتحالفان بعد هلاك احد البدلين اذ كل واحد منهما مبيع
فكان البيع قايما بقيام البدل الاخر فيمكن فسخه واذا انفسخ يرد مثل الهالك ان كان مثليا
وقيمته ان لم يكن مثليا وان اشترى عبدين صفقة واحدة وقبضهما ثم مات احدهما واختلفا في
الثمن فقال المشتري اشتريتهما بالف درهم وقال البايع اشتريتهما بالفي درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة
الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع
يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان في
الحي ويفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه وقال محمد
يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا اشترى عبدا فباع نصفه
بعد القبض ثم اختلف البايع الاول مع المشتري الاول في ثمن العبد فعند ابي حنيفة لم يتحالفا
والقول للمشتري مع يمينه وعند ابي يوسف يتحالفان في النصف الذي بقي على ملك المشتري

نصف قيمته

ان رضي بائعه بقبوله هذا النصف وعند محمد يتحالفان في الكل واذا حلفا رد المشتري على البائع
العبد ويرد النصف الذي بقي على ملكه ان قبله البائع وان ابى بعث الشركة رد قيمة هذا
النصف ايضا لمحمد مر على اصله فان بهلاك جميع المبيع عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض
اولى وابو يوسف يقول لو كان الكل قائما لثبت التحالف في الكل ولو فات الكل يثبت
التحالف في الكل فاذا فات البعض وبقي البعض يجري التحالف في الباقي ويثبت في الفائت
اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان الحكم لا يزيد على العلة وعدم التحالف للهلاك فيتقدر بقدره
وابو حنيفة يقول التحالف بعد القبض ثبت بالسنة على خلاف القياس عند قيام السلعة
وهي اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه فقد فات الشرط فذاك الحكم الذي يتعلق به غير
معقول ولان التحالف في القائم انما يجب بحصته وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن ولم
يعع الشرى بها فتناول المشتري ذلك او البايع فيحلفان كاذبين على التاويل الا ان يرضى ان يترك
حصة الهالك اي لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ويجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد
لم يكن الا على القايم فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف
وقالوا المراد بقوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له اي لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا
اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة
على قول هولاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف يعني انهما لا يتحالفان
ويكون القول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البائع ان ياخذ الحي ولا يخاصمه في الهالك
فحينئذ لا يحلف المشتري لان المشتري انما يحلف اذا كان منكرا لما يدعيه البايع فاذا اخذ البايع
الحي صلحا عن جميع ما ادعاه المشتري يسقط دعوى البايع فلا حاجة الى تحليف المشتري
ثم تفسير التحالف على قول محمد ان يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بالفين فان نكل قضي عليه
وان حلف ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك ونفسره على قول ابي يوسف عند البعض ان يتحالف
على القايم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك
وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القايم بالف يكون صادقا لان
من اشترى شيئين بالف درهم ثم حلف انه ما اشترى احدهما لو حلف بالف يكون صادقا وان
كان كذلك فلا يمتنع المشتري عن الحلف على القايم بهذا التاويل فلا ينعقد التحالف د الصحيح

نفسخان صح

ان يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بالفين فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البايع بالله
ما باعهما بالف فان نكل لزمه دعوى المشتري فان حلف تفسخا فان العقد القائم ويسقط حصته
القائم من الثمن ويلزم المشتري حصة الهلاك وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض فان
استويا يلزمه نصف الثمن الذي اقر به المشتري وان اختلفت القيمتان يوم القبض يسقط
حصة القائم بقدر قيمته ويلزمه حصة الهالك بقدر قيمته وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض
فقال المشتري قيمته يوم القبض كانت خمسمائة وقيمة القائم الف وقال البايع على عكسه فالقول للبايع
مع يمينه لان البايع بدعواه يستبقي ما كان واجبا والمشتري بدعواه يسقط ما كان واجبا فكان
البايع متمسكا بالاصل فوجب اعتبار قوله وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما البينة
فبينة البايع اولى على قياس ما ذكر في بيوع الاصل في رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد
احدهما بالعيب وقد هلك الاخر عند المشتري يسقط عنه من الثمن ما رده ويجب عليه ثمن ما هلك عنده
اذا لم يرد الثمن ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول للبايع مع
يمينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشتري بدعواه ان قيمة الهالك كانت اقل يدعي
زيادة السقوط من الثمن والبايع ينكر فيكون القول للمنكر مع يمينه وان اقاما البينة فبينة
البايع اولى ايضا لان البينات شرعت للاثبات والبايع يدعي زيادة في قيمة الهالك
فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثباته الزيادة
قلنا الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا
لا اصالة في قيمة الهالك وبينة البايع قامت على ما وقع الاختلاف فيه قصدا
فكانت احق بالاعتبار والفقه فيه ان في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر لان
الشهود لا يعرفون الا على الظاهر فاعتبر ذلك في حقهم والبايع يدعي ظاهرا فلهذا تقبل
بينته ثم صارت بينته اولى لان بينته تثبت زيادة في ذمة المشتري وفي الايمان
تعتبر الحقيقة لانها توجه على اصل العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر على الحقيقة
والبايع منكر حقيقته فكان القول قوله مع يمينه ومن اشترى امة بالف درهم وتقابضا
ثم تقايلا البيع حال قيام الامة ثم اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة فقال المشتري كان الثمن
الف درهم وقال البايع لا بل كان خمسمائة ولا بينة لهما فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول وكان
ينبغي ان لا يتحالفا لان التحالف ثبت في البيع المطلق بالسنة والاقالة فسخ في حق المتعاقد

فلم يسا ولهما النص الا ان التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسًا بمعنى ان كل واحد منهما مدعى ومنكر كما مر
وهذا موجود هنا لان وضع المسألة ان البائع لم يقبض الامة بحكم الاقالة فصار التحالف معقولا
فوجب القياس على المنصوص عليه كما يقاس الاجارة على البيع والوارث على العاقد وقيمة المبيع
اذا استهلك المبيع على قيام المبيع فان قيل التحالف في هذه الصورة منصوص عليه لقوله عليه
السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فانه يتناول حال بقاء السلعة وحال عدمها
قلنا لا بل هي غير منصوص عليه لان هذا المطلق محمول على المقيد كما مر وكان المراد من هذا
المطلوب المقيد وكذا قوله وترادا دال على بقاء السلعة ولو قبض البائع الامة بحكم الاقالة
يجب ان لا يتحالفا ويكون القول للمنكر خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض باختلاف
في العقد كما مر ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في مقدار راس المال
بعد الاقالة فقال المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال رب السلم لا بل كان عشرة
فالقول للمسلم اليه مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا يتحالفان ولا
يعود السلم بخلاف البيع والفرق ان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد
منهما الى راس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة
في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الاقالة لان الاقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل
الفسخ بشيء من اسباب الفسخ فانهما لو قصدا الاقالة لا يصح فلا يحتمل الفسخ ايضا
بالتحالف هذا لانا ما بينا ان عقد الاقالة لا يملك العين بما يحتمل العود الا ترى ان راس
المال لو كان عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده بالعيب اي بحكم القاضي به وهلك قبل التسليم الى
رب السلم لا يعود السلم بخلاف البيع فانه لو اشترى عرضا ورده بعيب ولم يسلم الى البائع حتى
هلك في يده يبطل الرد فيعود البيع وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المنفعة تحالفا
تحالفا وفسخ العقد اذا اختلفا في البدل او في المبدل او فيهما لان الاجارة قبل قبض المنفعة
نظير البيع قبل قبض المبيع باعتبار ان كل واحد من العاقدين يدعي على صاحبه وهو ينكر وكل واحد
من العقدين معاوضة يحتمل الفسخ فالحقت به الاجارة فان قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة
معدومة قلنا الدار اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديرا
فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر وان وقع في المنفعة بدئ بيمين الموجر
وايهما نكل لزم دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاماها فبينة الموجر اولى ان

ايضا لان [illegible] عقد الاقالة فيما بين حنيفة فيكون بصحيح الفسخ [illegible] المعقود عليه فيعود الى ملك المشتري اذا الفسخ الاقالة صح

اختلفا في الاجرة وبينة المستاجر اولى ان اختلفا في المنفعة نظرا الى زيادة الاثبات وان
كان فيهما بان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة تقبل بينة كل واحد منهما
فيما يدعيه من الزيادة فيقضي بشهرين بعشرة وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا والقول
للمستاجر مع يمينه لان جريان التحالف لفائدة الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد
فيها فلا يجري التحالف فان قيل عدم جريان التحالف على مذهبنا ظاهر لان هلاك المعقود
عليه مانع للتحالف عندهما فاما عند محمد فينبغي ان يجري التحالف كما لو هلك المبيع قلنا
هناك اذا فسخ البيع بالتحالف يمكن ايجاب قيمة المعقود عليه لان العين متقومة بنفسها
وهنا اذا تحالفا وفسخ العقد فلا قيمة للمعقود عليه لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد
وبالفسخ ارتفع العقد من الاصل واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه
المستحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه وان
اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول
المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء
من المنفعة كالمعقود عليه عقدا مبتدا فصار ما بقي من المدة كالمنفرد بالعقد فيتحالفان
بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع لان كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا مبتدا بل الجملة معقود
بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة واذا اختلف
المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة والقول للعبد مع يمينه
وقالا يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانهما اختلفا في بدل عقد يقبل الفسخ
فصار كالبيع وهذا لان كل واحد منهما مدع ومنكر والمولى يدعي على العبد زيادة
البدل وهو ينكر وهو يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه واله
ينكر فيتحالفان كما في الثمن وله ان التحالف في المعاوضات عند تجاحد العقود
اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقا لان له ان يدفع عن نفسه لعجز نفسه
ولهذا لا يصح الكفالة به والكتابة ليست معاوضة من كل وجه اذ البدل الذي
من جانب العبد مملوك للمولى رقبة ولان العبد سلم له ما يقابل البدل في الحال
وهو فك الحجر في حق اليد والتصرف فلا يدعي على المولى شيئا فلا يكون المولى منكرا وانما
ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا يكون مقابلا فلا يتحالفان لانه لا

يكون بلا انكار منهما واذا اختلفا الزوجان في متاع البيت فالنكاح بينهما قائم او ليس بقائم وادعى
كل واحد منهما ان المتاع كله له فما يصلح للرجال كالعمامة والقبا والقلنسوة والطيلسان والسلاح
والمنطقة والكتب فالقول فيها قول الزوج مع يمينه لشهادة الظاهر له وما يصلح للنساء كالدرع
والخمار والملاءة ونحوها فالقول فيها قول المراة مع يمينها لان الظاهر شاهد لها وما يصلح
لهما كالفرش والامتعة والاواني فالقول للزوج مع يمينه والرقيق والمنزل والعقار والمواشي
والنقود كالفرش لان المراة وما في يدها في يد الزوج وكان الاموال كلها في يد الزوج
واذا تنازع اثنان في شي وهو في يد احدهما كان القول قوله كذا هنا بخلاف ما يختص بها لان
لها ظاهرا اظهر من اليد وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها كما لو اختلفا في ثوب احدهما
لابسه والاخر متعلق بكمه فان اللابس اولى وهذا اذا كانا حيين فان مات احدهما واختلف
ورثته مع الاخر فالجواب في غير المشكل على ما مر واما فيما يصلح للرجال والنسا فهو للحي منهما
ايهما كان لان اليد للحي لا للميت وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
يدفع للمراة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر انها لا تزف
الا مع جهاز مثلها فصارت اولى بذلك القدر والباقي للرجل لقوة يده عليها لانه قوام
عليها والطلاق والموت سوا وقال محمد ما يصلح له فله وما يصلح لها فلها وما يصلح لهما فله
او لورثته لقيامهم مقامه فصار الخلاف بينهم كالخلاف فيما في غير المشكل والطلاق
والموت سواء وقال مالك والشافعي وزفر هو بينهما لاستوائهما في الدعوى في اليد وقال
ابن ابي ليلى الكل للرجال ولها ثياب بدنها وقال الحسن البصري الكل لها وله ثياب بدنه
وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحيوة لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ويد
المملوك ليست يد ملك وقال ابو يوسف ومحمد الماذون والمكاتب كالحر لان لهما
يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شي هو في ايديهما يقضى بينهما
لاستوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضى به للحر لانه لا يد له وان مات احدهما
فالقول للحي منهما حرا كان او عبدا لانه لا يد للميت فبقي يد الحي بلا معارض هكذا ذكر
في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني والقاضي
فخر الدين خان وذكر شمس الائمة السرخسي في جامعه الصغير ووقع في بعض النسخ للحي منهما
وهو سهو وفي رواية محمد والزعفراني للحر منهما بالراء ادعى مشتري امة قبضها وماتت

بالف وبهذا الوصيف وقيمته خمسمائة وقال البائع بعت بالثمن حلف المشتري في حصة الالف اي في
ملك الامة لان الاختلاف في الثمن وقع بعد هلاك المعقود عليه وتحالفا في قيمتها لقيام المعقود عليه
في احد الجانبين وهو الوصيف وعكسه حلف المشتري اي لو ادعى البائع انه باع الامة بالف
وبهذا الوصيف وادعى المشتري انه اشتراها بالعين وهلكت الامة في يد المشتري فالقول
للمشتري مع يمينه ولم يتحالفا في شي من الامة اما في الكل فظاهر واما في الثلث فلان المشتري
لا يطلب من البائع لانه في زعمه ان البيع في قدر الثلث بيع العرض بالدراهم وهلاك العرض في
بيع ما بالدراهم يمنع التحالف بخلاف المسئلة الاولى لان في زعم المشتري ثم ان البيع في قدر الثلث
بيع العرض وهلاك احد العوضين لا يمنع التحالف وكذا لو كان مكان الوصيف مكيل او
موزون بعينه عبد قطع عند البايع فقال البايع قطعه المشتري قبل البيع ولي عليه نصف القيمة
وكل الثمن وقال المشتري قطعه البايع بعد البيع ولي الخيار ان شئت اخذته بنصف الثمن
وان شئت تركته ولا بينة لهما تحالفا لان كل واحد منهما مدعي ومنكر فالبايع يدعي على المشتري
نصف القيمة ولزوم العقد بجميع الثمن والمشتري ينكر وهو يدعي على البايع دخول النقص في البيع
وبراءة نفسه عن نصف الثمن لقطع البايع يد العبد بعد البيع وثبوت الخيار له والبايع ينكر
وان حلفا اخذه المشتري بكل ثمنه او ترك لانه لما حلفا لم يظهر الجاني فصار كانه تلف بافة
سماوية ولم يخير المشتري بين الاخذ بكل الثمن وبين الترك كذا هنا وان برهنا فالبينة للمشترية
لانه اكثر اثباتا لان المدعي من جانبه اكثر لما مر وان اختلفا ان قاطعه بايعه او مشتريه الى حين
وادعاه البايع قبل البيع والمشتري بعده فالقول والبينة لمشتريه اما الاول فلانه اضاف
الحادث الى اقرب الاوقات واما الثاني فلان بينة البائع قامت على النفي معنى لانها تنفي
دخول العبد في البيع وبينة المشتري قامت على الاثبات صورة ومعنى لانها تثبت دخول العبد
في البيع اشترى عبدين صفقة او صفقتين احدهما بالف حال والاخر بالف مؤجل الى
سنة فرد احدهما بعيب فقال المشتري ثمن المردود حال وقال البايع مؤجل فالقول للبايع
لانهما اتفقا على انفساخ البيع في المردود وسقوط ثمنه فيقع اختلافهما في ثمن الاخر
فيكون القول للبايع لان المشتري يدعي عليه التاجيل وهو ينكر والحلول في الدين اصل والتاجيل
عارض فكان القول لمنكر العارض ولم يتحالفا لانه اختلاف في الاجل وكذا لو اشتراهما
بمائة في صفقة وقيمتهما سواء فمات احدهما في يده ورد الاخر بعيب واختلفا في قيمة المردود

فالقول للبائع لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن وما كان ثم المشتري يدعي ان قيمة الهالك اقل من قيمة
المردود ويدعي سقوط زيادة ينكرها البائع فيكون القول للبائع ولم يتحالفا لان الاختلاف في
قيمة المبيع لا يوجب اختلافا في العقد ولو كان ثمن احدهما دراهم وثمن الاخر دنانير ووصفهما البائع
واختلفا في ثمن الباقي بعد رد احدهما بالعيب فقال المشتري بعته بدراهم فرد الدنانير وقال
البائع على عكسه فالقول للمشتري مع يمينه اتفاقا لانه المهلك للثمن ولا يتحالفان خلافا لمحمد وان كانا
قائمين تحالفا اجماعا لانهما اختلفا في ثمن الباقي وكذا ان اختلفا في الصفقة فادعى البائع
اتحاد الثمن وادعى المشتري تعدد الثمن فالقول للمشتري لانهما اتفقا على انهما معقود عليهما
وان لكل واحد منهما ثمنا والبائع يدعي عليه في كل عبد ضم غيره اليه والمشتري ينكر اختلفا في موت
المبيع عند احدهما فاقام البائع البينة ان المبيع مات عند المشتري بعد القبض واقام المشتري
البينة انه مات في يد البائع قبل القبض فالبينة للبائع لان المشتري ينكر القبض فيكون القول
له والبائع يثبته بالبينة فكانت البينة له وان وقتا فللسابق والقتل مثل الموت لان المشتري
اي لو ادعى كل واحد منهما القتل على صاحبه بان اقام البائع البينة ان المشتري قتله وصار قابضا
وعليه الثمن واقام المشتري ان البائع قتله وهو في يده وانفسخ البيع فبينة البائع اولى لانه يثبت
القبض وان اقام المشتري ان البائع قتله بعد البيع بيوم واقام البائع بينة ان المشتري قتله بعد
البيع بيومين فالبينة للمشتري للسبق وان اتفقا على قبض المشتري المبيع واقام المشتري
ان البائع قتله خطا بعد ما قبضه وله عليه القيمة واقام البائع ان المشتري قتله بعد ما
قبضه مني فالبينة للمشتري لان بينة البائع … ما ثبت بتصادقهما وهو تاكد الثمن بالقبض
وكان وجودها وعدمها سواء له وبينة المشتري تثبت امرا حادثا وهو ضمان القيمة على البائع
اشترى امتين اوامة فولدت فقتلت احديهما الاخرى في يد البائع اخذ ما بقي بكل الثمن
او ترك لان الجناية في عنقها فصارت قيمة مقام … الا ان هذه الجناية معتبرة
وان كانتا مملوكتين لمالك واحد فقامت القاتلة مقام المقتولة بخلاف موت احديهما وسرى
الحمار والشعير واكل الحمار الشعير حيث ياخذ بحصته من الثمن لان فعله جبار ولو باع امة ونقابضا
فقال البائع هي لزيد امرني ببيعها وقال زيد بعتها منك بمائة دينار وقبضتها وبعت ملكك
فهي للمشتري لاتفاقهما على نفاذ البيع بالملك او بالوكالة وتحالفا لان البائع يدعي الامر بالبيع
والمقر له ينكر والمقر له يدعي عليه الثمن وهو ينكر وان حلفا فان جهلت انها للمقر له وكذبها

المشتري ضمن المقر قيمتها للمقر له لانه امتنع الرد ببيعه وتسليمه فتعذر عليه الضمان والا اي وان
كانت معروفة انها للمقر له ولا يضمن المقر للمقر له لانه تعذر الرد بدعواه البيع ويقال للمقر له
ان شئت فخذ الثمن الذي في يد الوكيل وان شئت فدعه ولو كاتبها او اعتقها او دبرها
او ولدها ثم تحالفا ضمن المقر قيمتها لو كانت مجهولة وان كانت معروفة لا يضمن في الوجوه
كلها وبطل الكتابة بعجزها عن الاداء او يعتق بموت المقر لو كانت ام ولد لانها ملكه
بزعم المقر له ولا يعتق بموت المقر له لعدم … منه بخلاف التدبير لاحتمال التوكيل
وبالتهايات لو كانت مدبرة بزعم كل واحد منهما ويوقف الولاء لو كانت محررة لنفي كل واحد
منهما ولو قال كانت وديعة وامرني ببيعها وما … ضمن قيمتها بكل حال لانه اعترف بالتعدي
وهو تسليم الوديعة الى الغير وادعى الامر … الاصل ان هلاك المبيع لا الى بدل
يفسخ البيع عندنا خلافا لمالك والى بدل لا ولو حرر المشتري المعسر ولم ينقد نصف العبد احرر
النصف الثاني قبل القبض بطل بيعه لو كان موسرا عند ابي يوسف ومحمد لان يسار المعتق
عندهما يمنع السعاية ولا يمكن ايجاب القيمة على البائع لان المبيع في ضمانه لا يكون مضمونا
عليه بالقيمة فلما تعذر ايجاب الضمان والسعاية انفسخ البيع ضرورة وعن ابي حنيفة
روايتان في رواية يجب الضمان بنفس الاعتاق اذا كان موسرا وللساكت ان يتحول الى السعاية
فعلى هذه الرواية ينفسخ البيع كما في الاولى وفي رواية الواجب احدهما ويختار ايهما شاء فعلى
هذه الرواية ينفسخ البيع ان اختار الضمان وان اختار السعاية لا ينفسخ ولو كان معسرا
لا ينفسخ البيع لوجوب السعاية في النصف المبيع فبقي المعقود عليه … وهو السعاية وان
متى بطل البيع والسعاية غير واجبة للمشتري يسعى للبائع في اصح الروايتين عن ابي حنيفة
كان الولاء له فان اعتق نصفه وعندهما لا سعاية للبائع على العبد كان كله له فان اعتق نصفه
ومتى تعذر المبيع بفعل البائع او بقوله في يده خير المشتري لفوت الرضى وبعد قبضه او بفعل
المشتري او بفعله لا وان ادعى احد العاقدين على صاحبه لا يسمع الا ان يدعي لنفسه حقا
لان الدعوى لا تسمع الا من خصم والخصم من يدعي لنفسه حقا ادعى رجل على رجل انه باعه
هذا العبد بمائة دينار وقال المشتري ما اشتريت الا نصفه بخمسمائة درهم فالقول للمشتري
في النصف الذي انكر البيع فيه اصلا وتحالفا في النصف الآخر فيحلف المشتري في النصف
… واحد بالله ما اشتريت بمائة دينار فان نكل لزمه البيع بمائة دينار وان حلف لم …

البيع في احد النصفين فيحلف بايعه بالله ما بعت نصفه بخمسمائه فان نكل لزمه البيع بخمسمائه وان
حلف ثم المخالف فالقاضي يفسخ البيع بينهما ان طلبا او طلب احدهما كما مر وان قال البايع
بعتكه وحررته والمسالة بحالها حلف على الشرى والعتق يمين واحده لان الدعاوى
اذا اجتمعت يكتفى بيمين واحده لان المقصود يحصل به فان حلف عتق نصيبه على بايعه
بزعمه حيث اضاف عتقه الى من يزعمه مالكا فان نكل ثبت الشرى بمائه دينار والاعتاق
فعتق العبد عليه ولا سعاية له على العبد لانه عتق كله باعتاقه ولو ادعى مشتريه الاعتاق
على البايع والمسالة بحالها حلف المشترى ما اشتريت كله بمائة دينار فان نكل عتق بلا سعايه
وان حلف عتق نصفه بزعمه لان في زعمه انه ملك المشترى ومتى شهد بالاعتاق على البايع
فقد اقر بعتقه حيث اضاف الاعتاق الى من زعمه مالكا فقد اقر به وعتق عليه ثم
حلف بايعه على العتق فان نكل بطل بيعه لو كان موسرا وبقي لو كان معسرا وخير
مشتريه لحصول التغير باعتاق البايع فان نقض البيع فسعاية نصف العبد لبايعه
وان امضى فله وان حلف عتق نصفه على بايعه بزعمه لما مر وسعى لمشتريه في نصفه ولا خيار
له وان قال بعتكه بمائه دينار وحررته فقال المشترى ما اشتريت الا نصفه بخمسمائه واحررته
حلف مشتريه حلفا واحدا بالله ما اشتريته بمائه دينار وما اعتقته فان نكل ثبتا اى لزمه
العبد بمائه دينار وعتق العبد بلا سعاية وان حلف عتق نصفه على بايعه بزعمه
وحلف بايعه على عتقه لان المشترى يدعى عليه انتقاص البيع او الخيار لنفسه فان نكل بعد
اقر وصار بايعا نصف العبد معتقا نصفه الباقى وان كان موسرا بطل البيع عندهما وفي
رواية عن ابي حنيفة وعاد الى البايع وبطلت السعايه وان كان معسرا بقي البيع
بقيا السعاية في النصف وخير المشترى لان التغير حصل بدعوى البايع اولا فان فسخ
المشترى عاد الى البايع وعتق مجانا وان امضى سلمت سعاية نصفه لمشتريه وان حلف
بايعه انه لم يعتقه سعى العبد للمشترى في نصفه موسرا كان البايع او معسرا عند ابي حنيفه
وتوقف الولا وخير المشترى لان التغير من جهة البايع لانه البادى بدعوى العتق
فان نقض البيع عاد الى البايع ولا سعاية عليه فان امضى تحالفا ولو بدا المشترى بدعوى
العتق على البايع والمسالة بحالها تحالفا فيحلف المشترى اولا بالله ما اشتريته بمائه
دينار ثم يحلف على العتق بعد دعوى العبد بدعواه وللقاضي ان يجمع بينهما فان جمع بينهما

فجوابه ما مر في الفصل الاول لان خيار المشترى ولو ادعيا معا يحلفه لحكم بداية المشترى لان المشترى
اسعدهما اقرارا لانه مالك للعبد بكل حال وان قال البايع حر ان كنت لم ابعه بمائه دينار
وقال المشترى هو حر ان لم اشتريت الا نصفه بخمسمائة درهم فنكل يشهد على الاخر بالاعتاق
فالبادى بالحلف بادى بدعوى العتق تقديرا لان كل حالف يدعى البر في يمينه ويدعى الحنث
على صاحبه فكان كل واحد مكذبا صاحبه فالحالف الاول يكذب الثاني والثاني يكذب
الاول فكان الثاني مكذبا الحنث على صاحبه بعد تكذيب الاول فصار الفساد مضافا الى البادى
منهما بالحلف لهذا ولو حلفا معا فالفساد مضاف الى المشترى كبدايته ولو حلفا قبل النزاع
في البيع فالفساد مضاف الى مشتريه ايضا لان اول الكلام لم يصر شهادة لعدم المنازعه
والانكار فيتوقف الاول على وجود الثاني والثاني كما وجد شهادة لعدم المنازعه
فصارا شهادة في زمان واحد فصار كانهما ادعيا معا فكان الفساد مضافا الى المشترى ٥

باب فيمن يكون خصما وفيمن لا يكون

ادعى رجل عبدا في يد رجل انه له فقال ذو اليد هو لفلان الغايب وديعه عندى او عاريه
او اجارة او رهنا او غصبا واقام على ذلك بينة او اقام ذو اليد بينه ان المدعى اقر انه لفلان
اندفعت خصومة المدعى لانه اثبت ببينته انه وصل اليه من جهة فلان وان يده ليست يد
خصومه وقال ابن شبرمة لا يخرج من خصومته وان اقام البينة على المقال لانه صار
خصما بيده فصار متبرعا في دفع الخصومه عن نفسه وهذا لان هذه البينه بينة الملك
للغايب وهو ليس بخصم في اثبات الملك له اذ لا ولايه لاحد على غيره في ادخال شى في
ملكه بلا رضاه وخروجه من الخصومه بني على اثبات الملك لغيره فاذا لم يثبت
الاصل لم يثبت ما في ضمنه ولنا ان هذه البينه بينة اثبات الملك للغايب وهو
ليس بخصم فيه ودفع خصومة المدعى عنه وهو خصم فيه وكانت مقبوله فيما هو خصم فيه وغير
مقبوله فيما هو ليس بخصم فيه وهو اثبات الملك للغايب كمن وكل وكيلا بنقل امراته او اقامت
فاقامت البينه انه طلقها ثلاثا او اعتقها تقبل في قصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في
الطلاق والعتاق ما لم يحضر الغايب وهذا لان مقصوده في اثبات يده بدفع دعوى
بخصومه لا اثبات الملك للغايب وفيما هو المقصود المدعى خصم له فيقبل بينته ولا
يندفع الخصومة عنه بدون اقامة البينه وقال ابن ابي ليلى يخرج من خصومته بمجرد

قوله نعرفه لا نعرف الا نعرفه فيما نعرفه على نفسه فيسقط ما امر به بمجرد اقراره وسنن انه يريد حفظا
يد خصومه ولسانا ان الخصومه توجهت عليه بظاهر يده ولهذا كان للقاضي احضاره
وتكليفه بالجواب فهو بدعواه هذه يريد ابطال الخصومه المتوجهه عليه فلا يصدق الا
بحجه كما لو ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمه غيره وكما لا يصدق المدعي في دعوى الملك الا
بحجه وقال ابو يوسف ان كان ذو اليد صالحا يندفع عنه الخصومه اذا اقام البينه وان
كان معروفا بالحيل لم يندفع الخصومه عنه باقامه البينة رجع اليه حين ابتلي بالقضا وعرف
احوال الناس فقال المحتال من الناس قد يأخذ اموال الناس غصبا ثم يدفع الى من يريد
ان يغيب عن البلده حتى يودعه بشهادة الشهود حتى اذا جا المالك واراد ان يثبت
ملكه يقيم ذو اليد البينه على ان فلانا اودعه فيبطل حقه ويدفع خصومة المالك
وهذا الذي ذكرنا اذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه فاما
اذا قال شهود اليد اودعه رجل لا نعرفه اصلا فالقاضي لا يقبل شهادتهم ولا يندفع خصومه
المدعي عن صاحب اليد بالاجماع فلعل ذلك الرجل المودع وهو الذي حضر منازعا وعلى
هذا التقدير لا يندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع ويجوز ان يكون الدافع غيره وعلى
هذا التقدير يندفع الخصومه عن ذي اليد ولا يندفع الخصومه عن ذي اليد بالشك والاحتمال
لان الخصومه انما تندفع عن ذي اليد اذا حوله الى غيره بالبينه والتحويل انما يتحقق
اذا احاله على رجل معين يمكنه اتباعه لتخاصمه فاذا احاله على مجهول ولا يمكنه
اتباعه فيكون ذلك ابطالا لا تحويلا فلو اندفعت يتضرر به المدعي وان قال الشهود
نعرفه المودع بوجهه ولا نعرفه باسمه لا يندفع الخصومه عند محمد لان تعريف الغائب
بالنسبة وهذا الان الخصومه توجهت على ذي اليد بظاهر يده فلا يندفع الخصومة عنه
بالحواله على رجل يمكن اتباعه ليكون تحويلا لا ابطالا ولم يوجد الحواله على رجل يمكن
اتباعه وكان هذا بمنزلة قوله اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه لا يكون
وقولا انه عليه السلام قال لرجل اتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه
فال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه دون اسمه
ونسبه لا يحنث وعند ابي حنيفة يندفع الخصومة لان حاجة ذي اليد الى دفع الخصومه
وانما يدفع الخصومه عنه اذا اثبت ان يده ليست بيد ملك وخصومه وقد حصل

ذلك لانه اثبت ببينته انه ليس بخصم لهذا المدعي فانا نعلم ان مودعه ليس هذا المدعي اذ الشهود
يعرفون المودع بوجهه بخلاف ما لو قال لا نعرفه اصلا لان مقصود ذي اليد اثبات انه
ليس بخصم لهذا الحاضر وهذه البينه كافيه لهذا المقصود ثم ان تضرر المدعي بان لم
يقدر على خصمه فلذلك الحاضر لحقه من قبل نفسه حيث نسي خصمه او من قبل شهوده
بان جهلوا خصمه لا من جهة ذي اليد ونحن نسلم ان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة
ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم له وهذه
المسلة مخمسة كتاب الدعوى لان لخمسة من العلماء فيها قولا وهي خمس مسايل كما بينا
وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم لانه زعم ان يده يد ملك صار معترفا بكونه خصما
وان قال المدعي غصبته مني او سرقته او سرق مني لا تندفع الخصومه وان اقام
ذو اليد البينه على الوديعه لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده فلا يندفع دعواه
باحالة الملك الى غيره لانه لم يدع الملك عليه وانما ادعى عليه الفعل بخلاف دعوى
الملك المطلق لانه صار خصما فيه بيده حتى لا يصح دعوى الملك على غير ذي اليد
ويصح دعوى الفعل وقال محمد يندفع في قوله سرق مني لانه لم يدع الفعل عليه بل
هذا دعوى الفعل على المجهول وهي باطلة فالتحقت بالعدم وبقي دعوى الملك ولهما
ان هذا بمنزلة تعيين ذي اليد للسرقة ولو عينه لم يندفع كذا هنا وهذا لان ذكر
الفعل يستدعي فاعلا والظاهر انه الذي في يده وانما ابهمه درا للحد فنزل ذلك
منزلة تعيينه ولو قال غصب مني يندفع لانه لا حد فيه ولا يحترز عن كشفه فلو قضى على
من حضر الغايب واقام البينه على الملك يقبل لانه لم يصر مقضيا وانما قضى على ذي اليد
فقط وان ادعى العبد الاعتاق عليه يقضى بالعتق لدعوى الفعل فلو قضى على
حضر الغايب فادعى عليه لا يلتفت اليه لنفاذ القضا عليهما ولو ادعى العبد انه ملك
فلان الغايب وانه اعتقه لا يقبل بينته لاقرار العبد انه ليس بخصم وحيله
يكفيل استحقاقا لان الاصل فيه عدم الملك فيقبل البينه في حق ازالة اليد
احتياطا لامر الحريه ولو ادعى العبد انه حر الاصل فالقول للعبد لانه انكر اليد اصلا
والاصل فيه عدم اليد فان اقام ذو اليد البينه على الملك وايداعه يقبل لان الاصل
يقبل البدل ويدعي انه بدل وان اقام على ايداعه فحسب لا يقبل بخلاف الاول

نسان
لان الايداع في الآدمي لا يقصر الى الملك اذ الحر الصغير يودع اما الاثر مملوكه لا يحتاله والا
يودع ملكه وان برهن على الملك والايداع وبرهن العبد على حرية الاصل حيل بينهما
بكفيل ولو ادعى شراه من فلان وقال ذو اليد اودعنيه فلان ذلك اندفعت الخصومة
بقوله بغير بينة لتصادقهما على ان اصل الملك فيه لفلان فالظاهر ان وصوله الى يد
ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة بل يد نيابة والدعوى انما تصح على من يكون له يد
ملك الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه يستحقه انه احق بامساكه
فان طلب المدعي يمينه على ما ادعى من الايداع حلف على البتات ولو قال ذو اليد
اودعني وكيله لا تصدق الا ببينة لان الوكالة لا تثبت بقوله ولو ادعى انه اشتراه
من ذي اليد وقبضه تندفع الخصومة بدعوى الوصول من الغير لان موجب العقد يتعلق
بالقبض فهو خصما بيده فصار كدعوى الملك المطلق ولهذا لا يشترط بيان الثمن ولو لم يدع
القبض لا ينفع الخصومة بالاحالة الى الغير لان موجب العقد لم يبن بينه فبقي خصما
بدعوى الفعل عليه ولو ادعى انه ملكه فصدقه ثم ادعى انه وديعة فلان ان برهن
دفعت الخصومة ولا يكون تناقضا لجواز ان المدعي اخرجه من الغايب او رهنه منه
ثم اودعه الغايب من ذي اليد وان لم يبرهن دفع اليه وكذا لو عكس بان بدا فقال هو
وديعة فلان ثم اقر المدعي فانه يدفع الى المدعي لان حقه ثابت وحق الغايب متردد
ولو ادعى رجل على ذي اليد شراه منه وادعى ذو اليد الوديعة من فلان لم تقبل بينة
ذي اليد على كونه وديعة لانه يدعي عليه فعلا فلا يخرج من ان يكون خصما باحالة المال
غيره فان حضر الغايب قبل ان يقضي بشهود المدعي دفع اليه ان ادعاه لان اقرار ذي
اليد صحيح ولا ضرر فيه على المدعي لانه يقضي له بتلك البينة انه ملكه وان برهن المقر له
انه كان ملكا له يقضي له وبطلت بينة المشتري لانه ظهر انها قامت على غير خصم الا ان
يعيد المشتري البينة على المقر له قبل القضا له فحينئذ يقضى له لانه خارج والمقر له صاحب
اليد ولو ادعى اثنان وبرهن كل واحد منهما انه له اودعه الذي في يده فلم يقض حتى
اقر به لاحدهما صح لانه ملكه ظاهرا فان زكيت البينتان قضي لهما وظهر ان الاقرار
كان باطلا ولا تقبل منه احدهما على الاخر بعده لانه صار مقضيا عليه في النصف
الا ان يستانف من لم يقر له قبل القضا له لانه اذا اعاد البينة فقد ابرا ذا

اليد عن الخصومه ورضي بنفاذ اقراره واستانف الخصومة مع المقر له فاجتمع بينة الخارج
وذو اليد فبينة الخارج اولى ولو ادعى عبدا في يد رجل وقدمه الى القاضي فلما قاما
من عند القاضي باعه ذو اليد من اخر وسلمه اليه ثم قبله وديعه من المشتري وغاب فاعاد
الى القاضي ليقيم البينه فان علم القاضي بما صنع او اقر المدعي بما صنع المدعى عليه او برهن
على اقراره به تندفع الخصومه وان برهن على البيع لم تندفع الخصومه ولا يلتفت القاضي
الى ... لانه يريد اخراج نفسه عن الخصومه بعدما صار خصما بيده ويقضى عليه ٥
عبد مات في يد شخص او ابق فادعى رجل انه كان له واقام ذو اليد بينة ان فلانا
اودعه او اجره او ما اشبه ذلك على ما مر لم تندفع الخصومه لانه يدعي القيمه في ذمته
لتعذر رد عينه بالموت او الاباق لان من زعمه ان ذا اليد غاصب او مودع الغاصب
وقد وجب الضمان عليه بالموت او الاباق فالمدعى عليه وان اثبت ان غيره
اودعه فلا يظهر بهذا انه ليس بمودع الغاصب فلا ينتفي الضمان عنه فان قضى
بالقيمه ثم حضر الغايب وصدقه رجع عليه في الوديعه والاجارة والرهن لانه عامل له
لا في الغصب والعاريه لانه انما ضمن بفعل باشره لنفسه ولو كان العبد قايما وذهبت
عينه واخذ ارشها واقام البينة ان فلانا اودعه فلا خصومة في العبد ولا في الارش
لان يده في يد العبد حفظ للمالك والارش تبع فاذا اندفعت الخصومه في الاصل
تندفع في التبع ولو كان المدعى امة وولدت وماتت فاقام المدعي بينة انها امته
ولدت في ملكه واقام ذو اليد ان فلانا اودعها اياه قبل ان تلد فان القاضي
يقضي بقيمة الامه للمدعي دون الولد لان الاصل هو الامه والدعوى فيها بعد هلاكها
دعوى القيمه والقيمه دين في ذمة من كانت في يده والولد بعد الانفصال ليس بتبع محض
فقد يكون الولد لانسان والامه لاخر ولهذا تصح الوصيه بالحمل بخلاف الارش
لانه تبع محض اذ لا يتصور ان يكون العبد لانسان وعينه او ارش عينه لاخر فلما تعذر
القضاء في الاصل تعذر في التبع لان الحكم في التبع يثبت بثبوته في الاصل ٥ امة
في يد رجل قتلها رجل فدفع بها واقام رجل البينة ان الامه كانت له واقام ذو اليد
على الوديعه قيل للمدعي ان طلبت العبد فلا خصومة لك لان العبد قام مقام
الامه لحما ودما فكانها قايمه واقام ذو اليد البينه على الايداع تندفع الخصومه عنه

كذا هنا وان طلبت الغيبة فلك الخصومة لانها اخذ منه فلا تندفع بما مر وانما كان كذلك لان ذا اليد
غاصب في زعمه والغاصب اذا ادعى الضمان عن الحائط فللمالك الخيار ان شاء اجازه وان شاء رده
دار في يد رجل ادعاها اخر ملكا مطلقا او شراء منذ سنة او شفعة فيها فقال ذو اليد كانت
لي ولكن بعتها من فلان او وهبتها له وسلمتها فاودعنيها لا تندفع الخصومة لانه اقر انها ملكه
فيكون خصما ثم اراد اخراج نفسه عن الخصومة بصرف الحدث فيما وقع فيه الدعوى فلا
تسمع الا اذا صدقه المدعي فيما يقول او علم القاضي بذلك فحينئذ يندفع عنه الخصومة فان لم يكن
شيء من ذلك ولكن اقام ذو اليد بينة على البيع لا تقبل لانه لو قبل وقضي به يكون قضاء
على الغائب فان قضي عليه بحضرة الغائب واقام بينة على شرائه من ذي اليد لا يقبل لانه
صار مقضيا عليه ويقبل على الملك المطلق لانه لم يدع تلقي الملك من ذي اليد ولو برهن
الغائب قبل القضاء للمدعي على الملك المطلق صار مع المدعي كخارجين واما البينة فان
برهن الغائب على الشراء من ذي اليد منذ شهر يقبل في ابطال بينة الخارج لان بينة
ان ... المدعي قامت على غير الخصم ويقال للمدعي اعد الشهود على المقر له ان شئت لان
البينة الاولى قد بطلت ولو قال كانت في يد فلان ولكن لم ادر ادفع اليه ام لا او قال ذو
اليد دفع الي فلان فلا خصومة لانه اقر ان الخصم غيره شاهد واحد كالعدم حتى لو ادعى دارا
واقام شاهدا فقال ذو اليد عند القاضي لياتي باخر ثم صنع شيئا من ذلك فهو على ما بينا لان الشاهد
الواحد لا يوجب الاستحقاق لا شاهدان قبل القضاء لو اقام شاهدين وعدلا ولم يقض
بشهادتهما حتى كان بعض ما وصفنا فهو خصم لا تندفع الخصومة عنه وان علم القاضي او المدعي
لانه استوجب القضاء بالشهادة فصار مستحقا له فلا ينفذ تصرفاته ن ادعى رجل دارا
في يد رجل انها داره واقام ذو اليد ان فلانا اسكنها اياه فهذه على اربعة اوجه ان شهدوا
على اسكان فلان وتسليمه او على اسكانه وكانت في يد الساكن يومئذ والان في
يد الساكن تندفع وان لو كانت يومئذ في يد ذلك لا تقبل اما الاول فلانهما شهدا
على اسكان صحيح لان الاسكان الصحيح ان يكون فيه تسليم وتسلم وكذا الثاني لان القبض
الموجود عقيب العقد يضاف اليه ولذا الثالث لان تحكيم الحال لمعرفة الماضي اصل
مقرر اما الرابع فاسكان فاسد والله الموفق ٥

ما يدعيه الرجلان

ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وفي احد قولي الشافعي
تهاترت البينتان وفي قول تقرع بينهما ويقضى لمن خرجت قرعته لان القاضي تيقن بكذب
احد الفريقين لاستحالة ان يكون الملك لكل واحد منهما في حالة واحدة وتهمة الكذب
تمنع العمل بالشهادة فتركه اولى وعند تعذر تمييز الصادق من الكاذب فيها يجوز ان يعين
احدهما بالقرعة لما روي ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
واقام كل واحد منهما بينة انها امته فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم
انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولان استعمال القرعة
لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في قسمة المال المشترك ولنا حديث تميم بن طرفة
الطائي ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما
البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وما روي من استعمال
القرعة فقد كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار لان تعيين المستحق
كابتداء الاستحقاق وكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذا تعيين
المستحق بخروج القرعة يكون قمارا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ثم ولاية التعيين
بغير قرعة وانما يقرع لتطييب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في
معنى القمار لانهما استويا في سبب الاستحقاق والدعوى قابل للاشتراك فيستويان في
الاستحقاق كالغريمين في التركة وهذا لان البينات حجج الله تعالى يجب العمل بها ما امكن
وقد امكن هنا لانه قد تتوالى يدان لشخصين على عين واحدة في وقتين فاعتمد كل واحد منهما
سببا اطلق له اداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن يشهد له او عاين احدهما سبب الملك
كالشراء ونحوه والاخر اليد فصحت الشهادتان فيعمل بهما بالتنصيف لان المحل يقبله
وان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة وبرهنا سقطتا ولم يقض بواحدة من البينتين لان
العمل تعذر بهما لانه لا يحتمل الاشتراك ورجع الى تصديق المراة لاحدهما لانه يحكم بالنكاح
بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فان وقتا فاسبقهما وقتا اولى لما تبين
من زيادة الاثبات ولانه لا معارض له في ذلك الزمان فيقضى به مع ذلك الزمان فيلزم
من ذلك بطلان نكاح الاخر وبطلان شهادته بعد ذلك وان اقر لاحدهما قبل اقامة البينة
فهو امراته لتصادقهما عليه وان اقام الاخر بينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار

لانها لازمة ولو ادعى على امراة نكاحا فجحدت فاقام البينة فقضى بها له ثم ادعى اخر واقام البينة
على انها امراته لا يحكم لان الثاني لا يعتبر مثله بل لما هو دونه لاتصال القضا بالاول دون
الثاني الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لظهور الخطا في الاول وكذا اذا كانت المراة في
يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يعارضه الخارج الا على وجه السبق لما مر ۝ عبد في يد رجل ادعى
رجلان كل واحد منهما انه اشترى العبد من صاحب اليد ونقد الثمن ولم يوقت واحد من
الشهود وقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد شهوده
ورجع على البائع بنصف الثمن وان شاء ترك واخذ كل الثمن لان البينتين قامتا على
امر حادث ولم يعرف سبق احدهما فيجعل كانهما وقعا معا فيحكم بينهما لتعذر اثبات موجب
الشرى لكل واحد منهما على الكمال وخير المشتريان في ذلك لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل
المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه فيتخير كل واحد منهما فان قيل هذا يقتضي
القاضي بكذب احد الفريقين لان البيعين على عبد واحد من رجلين من كل واحد منهما بكماله
لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته
ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور بيعان في وقتين من واحد لعين واحدة فكل واحد
اعتمد سببا اطلق له الشهادة فيجب العمل بها بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما
في وقت واحد من رجلين بان وكل كل واحد منهما على الانفراد بان يبيعه فباع كل واحد
منهما معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين
في زمان واحد من رجل واحد فان قضى القاضي بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر
ان ياخذ جميعه لان القاضي لما قضى بالبيع بينهما نصفين فقد انفسخ العقد في حق كل
واحد منهما في النصف فلا يعود الا بتجديد العقد فان قيل الفسخ انما يكون ان لو كان
البيع موجودا قلنا البيع ان كان موجودا فظاهر وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ وهذا لان
استحقاق كل واحد منهما للكل ثابت نظرا الى بينته وانما لا يظهر في النصف لوجود بينة
صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائما فيفسخ نظرا الى الدليل وهذا بخلاف ما لو قال
ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون للاخر ان ياخذ الجميع لانه اثبت شراه في الكل وانما
كان القضاء له في النصف لمزاحمة صاحبه معه فاذا زالت المزاحمة يقضى له بالكل وهذا
كالشفيعين اذا سلم احدهما قبل قضاء القاضي لهما يقضى للاخر بجميع الدار ولو كان تسليمه

بعد القضا لهما بالدار لم يكن للاخر الا نصف الدار ولو ذكر كل واحد من البينتين تاريخا فهو للاول منهما
لانه اثبت شراه في وقت لا ينازعه الاخر فيه فاستحقها من ذلك الوقت فتبين ان الاخر
اشتراها من غير المالك فكان شراه باطلا ولو وقت احدهما وقتا ولم يوقت الاخرى قضي به
لصاحب الوقت لانه ثبت له الملك في ذلك الوقت والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لان
شراه حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شرى الموقت
سابقا فكان اولى ولو لم يكن لواحد منهما تاريخ والعبد في يد احدهما فهو لذي اليد لانهما استويا
في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وبينة الخارج انما ترجح اذا ادعيا ملكا مطلقا
اما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان ولا تمكنه من القبض دليل سبق شرائه لان القبض
بناء على العقد الثابت بالسبب ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وبعده
اقترن بعقد الاخر لان كل واحد منهما حادث فيحكم بوقوعهما معا فيقدم عقد صاحب القبض
ضرورة وكذا لو ذكر الاخر وقتا لم يقع به لان القبض اذا وجد لم ينقض بالشك ووقت
الاخر محتمل فلا ينقض اليد الثابتة بيقين الا ان يشهدوا ان شراه كان قبل شرى ذي
اليد فحينئذ يكون للخارج اولى لان تقدم عقده ثبت بنص من شهوده وتقدم الاخر بنوع دلالة
ولا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح واذا ادعى احدهما شرى والاخر هبة وقبضا ومعناه
من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشرى اولى لانه عقد ضمان يوجب الملك في العوضين
والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب واحد والبينات ترجح بكثرة الاثبات ولان
الشرى يوجب الملك بنفسه والهبة لا توجب الملك الا بالقبض فكان الملك المدعى
سابقا فيه فكان اولى وكذا لو ادعى احدهما الشرى والاخر الصدقة مع القبض فالشرا
اولى لما بينا ولو اقام احدهما البينة على الهبة والقبض والاخر على الصدقة والقبض قضى
بها بينهما نصفين لاستوائهما في التبرع والافتقار الى القبض ولا ترجح الصدقة على
الهبة باعتبار معنى اللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ابطال حق الرجوع وذلك حكم يظهر في
ثاني الحال والرجحان انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المآل ولان الهبة قد تكون
لازمة بان وقعت لذي رحم محرم والصدقة قد لا تكون لازمة بان وقعت لغني فاستويا
وهذا فيما لا يحتمل القسمة وكذا فيما يحتمل القسمة لان كل واحد منهما اثبت استحقاقه ظاهر
في الكل الا انه لاجل المزاحمة سلم له البعض فكان الشيوع طاريا فلا يبطل الهبة والصدقة

ولو ادعى رجل الشرى من ذي اليد وادعت امراة ان ذا اليد تزوجها عليه استويا ويقضى لكل واحد
منهما بالنصف وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشرى اولى ويقضى به لصاحب الشرى وللمراة
على الزوج القيمة لان البينتين متى امكن العمل بهما يجب العمل بهما ما امكن وامكن العمل هنا بالبينتين
بان يجعل الشرى سابقا فانه لو تزوج على عبد الغير صحت التسمية ويجب القيمة عند تعذر
تسليم عينه وله ان كل واحد منهما يثبت الملك بنفسه فيتحقق المساواة بينهما
في الاستحقاق كما في دعوى الشرائين فان قيل الشرى مبادلة مال بمال موجب للضمان
في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة
فكان الشرى اقوى قلنا النكاح اقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متاكدا
حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في الشرى ويجوز التصرف في الصداق
قبل القبض بخلاف المشترى وبما قال محمد اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ من
العقدين لا يثبت الا بحجة فاذا قسما بينهما نصفين فقد استحق على المراة نصف الصداق
فرجع بقيمة نصفه على الزوج واستحق على المشترى نصف المبيع فرجع بنصف الثمن ان كان
نقده وان ادعا احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا وبرهنا فالرهن اولى
استحسانا وفي القياس الهبة اولى لان الهبة توجب ملك العين والرهن لا يوجب
فكان السبب الموجب لملك العين اقوى وجه الاستحسان ان الرهن عقد ضمان والهبة
عقد تبرع وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع وهذا لانه يثبت البدلين المرهون والدين
والهبة لا تثبت الابدلا واحدا فصار كالشرى مع الهبة بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع
انتهاء والبيع اقوى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن يثبته
عند الهلاك معنى لا صورة وكذا الهبة بشرط العوض ورجح السابق انه وقتا في طلب
الشرى او ارث اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلوا اما ان يدعيا ملكا
مطلقا او ارثا او شرى وكل قسم ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث
او في يديهما او في يد احدهما وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان يورخا او ارخا تاريخا
واحدا او ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما دون الاخر وجملة ذلك ستة وثلثون
فصلا اما اذا ادعيا ملكا مطلقا والعين في يد ثالث ولم يورخا او ارخا تاريخا واحدا وبرهنا
يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى للاسبق لانه اثبت

الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه فيقضى بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره الا اذا تلقى الملك عنه
ومن ينازعه لا يتلقى الملك فلا يقضى له به وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فعند ابي حنيفة
لا عبرة بالتاريخ ويقضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم ملكه لانه يجوز ان
يكون الاخر اقدم منه ويحتمل ان يكون متاخرا عنه فجعل مقارنا رعاية للاحتمالين وعند
ابي يوسف للذي ارخ لانه اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقينا ومن لم
يوقت يثبت للحال يقينا وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا معارضة وعند
محمد يقضى لمن اطلق لان دعوى الملك المطلق من الاصل ودعوى المورخ يقتصر على
وقت التاريخ ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض ويستحق الزوايد المتصلة والمنفصلة
فكان المطلق اسبق تاريخا فكان اولى هذا اذا كان المدعى في يد ثالث فان كان
في يديهما فكذا الجواب لانه لم يترجح احدهما على الاخر باليد ولم يخط حاله عن حال
الاخر باليد وان كان في يد احدهما فان ارخا تاريخا واحدا او لم يورخا فهو للخارج
لان بينته اكثر اثباتا وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو لاسبقهما تاريخا الا ما مر
وعن محمد انه رجع عن هذا القول وقال لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره
لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فاستوى التقدم
والتاخر فيقضى للخارج ولهما ان البينة مع التاريخ تتضمن معنى الدفع فان الملك
اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته بعده لغيره لا يكون الا بالتلقي منه فصارت بينة
ذي اليد كذا التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تقع الا بعد اثبات
التلقي من قبله وبينة الدفع مقبولة وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما فصاحب
الوقت الاول اولى عندهما وعنده يكون بينهما وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر
فعند ابي يوسف يقضى للمورخ لان بينته اقدم من المطلق كما لو ادعى رجلان شرى
من واحد وارخت بينة احدهما دون صاحبه كان التاريخ اولى وعند ابي حنيفة
ومحمد يقضى للخارج ولا عبرة للوقت لان بينة ذي اليد انما تقبل اذا كانت متضمنة
معنى الدفع وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته
لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع فلا
يقبل مع الشك والاحتمال وان ادعى كل واحد منهما الارث من ابيه فان كان العين في

بدا لك ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة وان ارخا واحدهما اسبق
تاريخا فهو لاسبقهما تاريخا عند ابي حنيفة وابي يوسف في الاخر وكان ابو يوسف يقول اولا يقضي
بينهما نصفين في الارث والملك المطلق ثم رجع الى ما قلنا وقال محمد في رواية ابي حفص كما قاله
ابو حنيفة وقال في رواية ابي سليمان لا عبرة بالتاريخ في الارث فيقضي بينهما نصفين وان سبق
تاريخ احدهما لانهما لا يدعيان الملك لانفسهما ابتداء بل لمورثهما ثم يجرانه الى انفسهما ولا
تاريخ لملك المورثين فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق حتى لو كان
لملك المورثين تاريخ يقضي لانفسهما وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر قضي بينهما نصفين اجماعا
لانهما ادعيا الملك المطلق من رجلين فلا عبرة للتاريخ وقيل يقضي للمؤرخ عند ابي يوسف
ولو كان العين في ايديهما فكذا الجواب وان كان العين في يد احدهما ولم يؤرخا او ارخا تاريخا
واحدا يقضي للخارج وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو لاسبقهما تاريخا وعند محمد للخارج
لانه لا عبرة للتاريخ هنا وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر فهو للخارج اجماعا وقيل عند ابي
يوسف للمؤرخ وان ادعيا الشرى من واحد ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا فهو بينهما
نصفان لاستوائهما في الحجة وان ارخا واحدهما اسبق تاريخا كان لاسبقهما تاريخا بخلاف ما لو
ادعيا الشرى من رجلين لانهما يثبتان الملك لبايعيهما ولا تاريخ لملك البايعين فتاريخه
ملكه لا يعتد بهما وصار كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما اما
هنا فقد اتفقا على ان الملك كان لرجل وانما اختلفا في التلقي منه وهنا الرجل اثبت
التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضي له به ثم لا يقضي به لغيره بعده الا اذا تلقى
منه وهو لا يتلقى منه وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الاخر فهو للمؤرخ اجماعا لانه اثبت شراءه
لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضي به له حتى يتبين تقدم شرى غيره عليه بخلاف ما
لو ادعيا الشرى من رجلين ووقت احدهما ولم يوقت الاخر فانه يقضي بينهما نصفين لان كل
واحد منهما ثم خصم عن بايعه في اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على سبق ملك
بايعه فلعل ملك البايع الاخر اسبق فلهذا قضينا بينهما وهنا اتفقا على ان الملك
لبايع واحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه لا الى اثبات الملك
لبايع وسبب الملك في حق من وقت ثبوته اسبق فكان هو بالمدعى احق وان كان
العين في يد احدهما فهو بينهما الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فحينئذ يقضي لاسبقهما

تاريخا وان كان في يد احدهما فهو لذي اليد سواء ارخ او لم يؤرخ الا اذا ارخا وتاريخ احدهما
اسبق فيقضي للخارج ولو ادعى احدهما الشرى من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره
والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون
الملك من هؤلاء فصار كما لو حضروا وبرهنوا على الملك المطلق ثم يقضي بينهم ارباعا لذا بينا
وان اقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فذو اليد اولى لان دعوى النتاج
دعوى اولية الملك فترجح صاحب اليد باليد وهذا لان يد ذي اليد لا تدل على اولية الملك
فهو بينته ما ليس بثابت له بظاهر يده فوجب قبول بينته ثم ترجح بيده بخلاف
الملك المطلق لان بينته لا تثبت الا ما هو ثابت بظاهر يده وقال عيسى بن ابان الطريق
عندي في النتاج تهاتر البينتين لتيقن القاضي بكذب احدهما اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين
فيقضي بها لذي اليد ... فصار كما لو تهاترت البينتين وصار كانهما لم يقيما البينة ولو لم يقيما
البينة يقضي لذي اليد قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج كذا هنا وهذا ليس بصحيح فقد ذكر
في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضي بينهما نصفين ولو كان الطريق
ما قاله لكان ترك في ذي اليد فعلم ان القضاء لذي اليد قضاء استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد
للخارج كذا في الذخيرة ولو اقام الخارج البينة انه عبده اشتراه من فلان وانه ولد في ملكه واقام
ذو اليد البينة انه عبده اشتراه من فلان الاخر وانه ولد في ملك بايعه قضي به لذي اليد لان
كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بايعه كما هو خصم في اثبات ملك بايعه ولو حضر
البايعان واقاما البينة على النتاج كان ذو اليد اولى فهذا مثله ولو اقام احدهما
البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج احق ايهما كان لان بينته قامت
على اولية الملك صريحا فلا يثبت للاخر الا بالتلقي منه والاخر لم يتلق منه ولنتيه بينت
دلالة ولا عبرة بها مع الصريح وكذا لو كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى
لما بينا ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضي له الا ان يعيد
ذو اليد البينة على النتاج لان بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدعي وانما قامت
على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية وكذا لو ادعى ذو اليد والخارج الملك
المطلق وبرهنا فقضي على ذي اليد بالملك ثم ان ذا اليد المقضي عليه لو اقام
البينة على النتاج يقبل وينقض به القضاء الاول لانه بمنزلة نص يرده بخلاف

الاجتهاد سعض الاجتهاد به كذا هنا وهذا لانه ظهر انه قضى للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذي اليد
انها نتجت عنده والقضا للمدعي في هذه الحاله باطل فينقض قضاؤه كما لو ظهر نحلا نه
وكل سبب في الملك لا يتكرر فهو في معنى النتاج لانه دعوى اوليه الملك وذلك كالنسج
في الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة كالنسج في الثياب القطنية وغزل القطن وحلب
اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان سببا يتكرر لا يكون
في معنى النتاج فيقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبنا والغراس
وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به وقد قال الله تعالى
فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضا ببينة الخارج
هو الاصل وانما عدلنا عن الاصل بحديث النتاج وهو ما روي ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل
واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم للذي هي في يده فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل فاذا ثبت هذا فنقول
اذا اقام الخارج البينة ان هذا ثوبه نسجه واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فان كان يعلم
ان مثل هذا لا ينسج الا مرة واحدة فهو لذي اليد وان كان يعلم انه ينسج مرة بعد مرة فهو للخارج
كالخز فانه ينسج ثم ينكث ويغزل وينسج ثانيا وان كان مشكلا لا يتبين انه ينسج مرة او
مرتين قضي به للمدعي واذا اختلفا في الصوف فاقام كل واحد منهما البينة انه صوفه جزه
من غنمه فانه يقضى به لذي اليد لان الجز لا يكون الا مرة واحدة وكذا المرعزى فكان هذا
في معنى النتاج فان قيل كيف يكون الجز في معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك
لان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا له قبل الجز قلنا نعم ولكنه كان وصفا للشاة
الا انه لا يقصد الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما تنازعا فيه مال مقصود ٥ واذا
تنازعا في نصل سيف فاقام كل واحد منهما البينة انه سيفه ضربه فانه يسال اهل العلم
بذلك من الصياقله فان قالوا لا يضرب الا مرة واحدة يقضى به لذي اليد وان قالوا يضرب
مثله مرتين او اشكل عليهم فلم يعرفوا يقضى به للمدعي وان كانت الدعوى في غزل
القطن يقضى به للذي هو في يده لان القطن لا يغزل الا مرة فكان هذا في معنى النتاج
اذ النتاج سبب لاولية الملك في الدابة والغزل سبب لاولية الملك في المغزول
واذا كانت الارض والنخل في يد رجل فاقام اخر البينة انها ارضه ونخله وانه غرس هذا
النخل

النخل فيها واقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها للمدعي وكذا الكرم والشجر لان اصل المنازعة في ملك
الارض فالنخل تبع للارض حتى يدخل في بيع الارض بلا ذكر وليس لواحد منهما في الارض
معنى النتاج وان كانت الدعوى في حنطة واقام كل واحد منهما البينة انها حنطته زرعها
في ارضه قضي بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد يزرع في الارض
ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم يزرع ثانيه فلم يكن في معنى النتاج وكذا اكل ما
يزرع مما يكال او يوزن واذا تنازعا في جبن فاقام الخارج وذو اليد كل واحد
منهما انه جبنه صنعه في ملكه فهو لذي اليد لان الجبن لا يصنع الا مرة وهو سبب
لاولية الملك كالنتاج وكذا اذا اقام كل واحد منهما البينة ان اللبن حلب في ملكه
وملكه قضي لذي اليد لان الدعوى وقعت في اولية الملك فيقضى لذي اليد وان اقام
الخارج البينة على الملك وذو اليد بينة على الشرى منه فذو اليد اولى لان الخارج
ان ادعى اوليه الملك فذو اليد يدعي انتقال الملك من جهته ولا تنافي في هذا فصار
كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى انه اشتراه منه واقام البينة ولو اقام الخارج
البينة ان فلانا القاضي قضى له بهذه الامة بشهادة الشهود انها له واقام ذو اليد البينة
على النتاج فعند ابي حنيفة وابي يوسف يقضى للخارج لان القضا قد صح ظاهرا فلا
ينقض ما لم يظهر خطاؤه بيقين ولم يظهر لان شهادة الشهود انها له يحتمل انها له اشتراها
من ذي اليد ولكنهم تركوا هذه الزياده فصار كما لو شهدوا انه قضى له ولم يزيدوا على ذلك
وعند محمد يقضى بها لذي اليد لان شهود الخارج اثبتوا الملك للخارج بسبب ظاهره
وهو القضا بشهادة الشهود انها له فلا زياده عليه وصار كما لو شهدوا على اقرار القاضي
بانه قضى له بشهادة الشهود ٥ دار في يد رجل ادعى خارج انه اشتراها من ذي اليد وادعى
ذو اليد انه اشتراها من الخارج واقاما البينة ولا تاريخ معهما بها والبينتان سواء
شهدوا بالقبض او لم يشهدوا وترك الدار في يدي ذي اليد بغير قضاء وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يقضى بالبينتين ويقضى بها للذي اليد ان ذكروا القبض لان البينات
حجج الشرع يجب العمل بها ما امكن وقد امكن لانهما اثبتا العقدين والقبضين فيجعل
كان ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها وان لم يذكروا القبض يقضى
بها للخارج لانهما اثبتا القبض بالشهادة وقد ثبت القبض عيانا وهو دلالة السبق

وان الاكل يعرض غير مره انسا بعلها عين وقوه يكن في معنى النتاج

فجعلنا ذا اليد مشتريًا لها من الخارج اولاً وقد قبضها ثم باعها من الخارج فيؤمر بتسليمها اليه
ولا ينعكس لانا لو جعلنا مشترى الخارج اولا لم يصح بيعه لان البيع قبل القبض لا يصح وان
كان في العقار عند محمد ولئن اثبتنا القبض حتى يصح فنقول ذا اليد باداه على ما ثابت به البينة
فلا يجوز لهما ان البينتين تعارضتا والبائع يتحقق من موجبيهما فتبطل البينتان اذ لا يمكن ان
يجعل كل واحد منهما بايعا ومشتريا في ساعة واحدة ولا دلالة على السبق ولا رجحان لاحدهما
على الاخرى ولان الاقدام على الشرى اقرار منه بالملك للبائع فصار كان كل واحد منهما اقام
البينة على اقرار صاحبه بالملك له ولو كان كذلك تهاترت الاقراران ثم لو شهد الشهود
على نقد الثمن يقع المقاصة عندهما لانه لما لم يقض بالعقدين عندهما بقي قبض مضمون بالثمن
من كل جانب فيجب على كل واحد منهما رد المقبوض ان كان قائما وان كان هالكا يقع المقاصة
وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد لوجوب الثمن عنده كذا في الهداية ولو
شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد
من البيعين وهذا خلاف ما ذكرنا اولا من المبسوط والجامع الكبير وغيرهما وهذا اذا
لم يوقتا فان وقت البينتان وقتين فان كان وقت الخارج سابقا ولم يشهد الشهود بالقبض
يقضى بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف لان تقديره كانه اشترى منه
ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما وعند محمد يقضى بها للخارج لانه
لا يجوز بيع العقار قبل القبض وان شهدا بالقبض يقضى بها لذي اليد عندهم لان الخارج
باعها من صاحبه بعدما قبضها فكان بيع المبيع بعد القبض وان كان وقت ذي اليد
سابقا يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشترى
اولا على ما شهد به شهوده ثم باع من الخارج ولم يسلم اليه او سلم اليه ثم عاد الى ذي اليد
بوجه اخر فيؤمر بالتسليم اليه ٥ دار في يد رجل زيد برهن عمرو على انه باعها من بكر بالف
وبرهن بكر على انه باعها من عمرو بمائة دينار وجحد زيد ذلك كله يقضى بالدار
للمدعين ولا يقضى بشيء من الثمنين لانه تعذر القضاء بالبيع لجهالة التاريخ ولم يتعذر
القضاء بالملك وعند محمد يقضى بها بينهما ولكل واحد نصف الثمن على صاحبه لانه لم يسلم
لكل واحد الا نصف المبيع ولو ادعت امراة شرى الدار من عمرو بالف وعمرو ادعى
انه اشتراها منها بالف وزيد وهو ذو اليد يدعي انها له اشتراها من عمرو بالف

واما لو اقاما البينة فيقضى لذي اليد للتعارض حتى عمرو بقيت بينته بلا معارض وعند محمد يقضى
بالدار لذي اليد بالف عليه للخارج ويقضى لها على الخارج بالف لان ذا اليد والمراة
ادعيا التلقي من الخارج فيجعل كانهما فيه ولا يرجح بزيادة عدد وعدالة حتى لو اقام [illegible]
المدعي شاهدين والاخر اربعة فهما سواء وعند الاوزاعي يقضى لاكثرهما عددا لان
العلة [illegible] وعند مالك يقضى باعدل البينتين لان الشهادة انما صارت
حجة بالعدالة فالاعدل في كونه حجة اقوى فكان اولى ولنا ان الترجيح لا يقع بكثرة العلل
حتى لا يترجح القياس بقياس اخر ولا الحديث بحديث اخر وشهادة كل شاهدين علة تامة
فلا تصلح للترجيح والعدالة ليست بذي حد فلا يقع الترجيح بها ولا قمط ووجه حائط حتى لو كان
بين دارين وادعى كل واحد من صاحبي الدارين والقمط الى احدهما او اختلفا في حائط ووجهه
الى احدهما فهو بينهما عند ابي حنيفة لاستوائهما في الدعوى واليد وعندهما يقضى به لمن اليه
القمط ووجه الحائط بدلالة الظاهر والعادة قلنا العادة مشتركة فقد يقوم الشاهد
من ذلك الجانب وقد يحسن وجه الحائط الى الناس ٥ دار في يد رجل نصفها وادعى اخر [illegible]
كلها وبرهنا على ذلك فعند ابي حنيفة يقسم الدار بين المدعيين على المنازعة ارباعا ربعها
لمدعي النصف وثلاثة ارباعها لمدعي الكل لان مدعي النصف لا منازعة له فيما وراء النصف
فيسلم النصف لمدعي الكل بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينصف
بينهما فيجعل الدار على اربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة
وعندهما يقسم بينهما اثلاثا على طريق العول فيضرب صاحب الكل بكل حقه سهمين
اذ الدار جعلت سهمين لحاجتنا الى النصف وصاحب النصف بسهم فيقسم بينهما اثلاثا
ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد من نظائرها الموصى
له بكل المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعبد مع الموصى له بنصف ذلك اذا
لم يكن له مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون المشترك اذا ادانه احد
المولين مائة درهم واجنبي مائة وبيع بمائة فالقسمة بين المولى الدين والاجنبي عند ابي حنيفة
بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ
وفقأ عين اخر وغرم المولى قيمته لهما وسيجيء في كتاب الديات نظائرها واضدادها
على الاستقصاء مع الاصول ان شاء الله تعالى ولو كانت الدار في ايديهما وبرهنا فالدار كلها
[illegible]

لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لان دعوى مدعي النصف منصرفة
الى ما في يده لتكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف
لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعي الجميع
بلا منازعة ويبقى في يده لا على طريق القضاء اذ لا قضاء بلا دعوى واجتمع بينة الخارج وبينة
ذي اليد فيما في يده لا على طريق القضاء لصاحب النصف فبينة الخارج اولى بالقبول ولو كانت
الدار في يد ثلاثة فادعى الكامل كلها والآخر ثلثها والآخر نصفها وفي يد كل واحد ثلثها
واقاموا البينة قسمت بينهم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة ووجه ذلك انا نجعل الدار على
ستة لحاجتنا الى الثلث والنصف واقل مخرجه ستة في يد كل واحد سهمان ثم نجمع بين منهم
دعوى الكامل والثلث على ما في يد النصف فالكامل يدعي كله والثلث يدعي نصفه لانه يقول حقي
في الثلثين وسلم الى الثلث وبقي لي ثلث آخر نصف في يد الكامل ونصفه في يد النصف فالنصف
للكامل بلا نزاع وذلك سهم والنصف الآخر بينهما انصافا فنضرب مخرج النصف وهو اثنان
في ستة فصار اثني عشر ثم نجمع بين دعوى الكامل والنصف على ما في يد الثلث وهو اربعة
فالكامل يدعي كله والنصف ربعه لانه يقول حقي في النصف ستة والثلث في يدي وبقي لي
سدس الدار سهمان سهم في يد الثلث وسهم في يد الكامل فسلمت ثلاثة للكامل وبقي
في سهم فانكسر فضعف اصل الحساب فصارت الدار اربعة وعشرين في يد كل واحد
ثمانية فنجمع بين دعوى الكامل والثلث على الثمانية التي في يد النصف فاربعة سلمت للكامل
لا نزاع والاربعة الاخرى بينهما نصفان لاستوائهما في النزاع فحصل للكامل ستة وللثلث
سهمان ثم نجمع بين دعوى الكامل والنصف فيما في يد الثلث والنصف يدعي ربع ما في يده سهمين فسلم
ستة للكامل واستوت منازعتهما في سهمين فصار لكل واحد سهم فحصل للكامل سبعة
وللنصف سهم ثم نجمع بين دعوى النصف والثلث على ما في يد الكامل فالثلث يدعي نصف ما في يده
والنصف يدعي ربع ما في يده وفي المال سعة فياخذ الثلث اربعة والنصف سهمين وبقي في
يد الكامل سهمان فحصل للنصف مما في يد الثلث سهم ومما في يد الكامل سهمان وذلك ثلاثة
من الدار وحصل للكامل مما في يد النصف ستة ومما في يد الثلث سبعة ومما في يده سهمان
فجميعه خمسة عشر وهي خمسة اثمان الدار وحصل للثلث مما في يد النصف سهمان ومما في يد الكامل
اربعة وذا ستة ربع الدار وعندهما يقسم بطريق العول فنجمع بين دعوى الكامل والثلث

على ما في يد النصف فالكامل يدعي كله والثلث يدعي نصفه فيما حصل عنده نصف وذا اثنان فنضرب
الكامل بكله سهمين والثلث بنصفه سهم فعالت الى ثلاثة ثم نجمع بين دعوى الكامل والنصف على ما
في يد الثلث فالكامل يدعي كله والنصف ربعه ومخرج الربع اربعة فنضرب هذا باربعة اسهم
وذا بحقه اربعة فعالت ما في يده الى خمسة ثم نجمع بين دعوى الثلث والنصف على ما في يد الكامل
والثلث يدعي نصف ما في يده والنصف يدعي ربع ما في يده والنصف والربع يخرجان من اربعة فيحصل ما
في يده اربعة وفي المال سعة فنصفه سهمان للثلث وربعه سهم للنصف وبقي الربع للكامل فانكسر
حساب الدار على ثلاثة واربعة وخمسة فوجدناها متباينة فضربنا الثلاثة في الاربعة فصار
اثني عشر ثم ضربنا اثني عشر في خمسة فصار ستين ثم ضربناها في اصل المسألة ثلاثة لان الدار في
ايديهم اثلاثا فصار مائة وثمانين في يد كل واحد منهم ستون ففي يد النصف ثلث ذلك للثلث عشرون
وثلثاه للكامل اربعون وما في يد الثلث خمسه اثنا عشر للنصف واربعة اخماسه ثمانية واربعون
للكامل وما في يد الكامل نصفه للثلث ثلاثون وربعه للنصف خمسة عشر وبقي الربع في يده فجميع ما حصل
للكامل مائة وثلاثة وجميع ما حصل للثلث خمسون وجميع ما حصل للنصف سبعة وعشرون ولو كان
في يد غيرهم والمسألة بحالها قسمت بينهم على طريق المنازعة عنده وبيانه انا نحتاج الى حساب له
ثلث ونصف واقله ستة فالثلث يدعي اربعة والنصف يدعي ثلثه ولا منازعة لهما في سهمين
فهما للكامل والنصف لا يدعي الا ثلثه فكان لا منازعة له فيما وراء ذلك ومنازعة الكامل والثلث فيه على
السواء فيكون بينهما فانكسر بالنصف فضربنا مخرج النصف في ستة فصار اثني عشر والثلث
لا يدعي اكثر من ثمانية والنصف لا يدعي اكثر من ستة فسلم للكامل اربعة وسهمان بين الكامل والثلث
لكل واحد منهما سهم وبقيت ستة استوت منازعتهم فيها فكان لكل واحد سهمان منها
فاصاب الكامل سبعة من اثني عشر واصاب الثلث ثلاثة من اثني عشر واصاب
النصف سهمان وعندهما تقسم بطريق العول فنضرب الكامل بالكل ستة والثلث بالثلثين
اربعة والنصف بالنصف ثلاثة فصار الكل ثلاثة عشر للكامل ستة وللثلث اربعة وللنصف
ثلاثة ولو تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده ووقتا فمن وافق
وقته سنها فالشهادة الظاهرة له وان اشكل ذلك فهي لهما لانه لما سقط التوقيت صار
كانهما لم يذكرا تاريخا فقضي بينهما لاستوائهما وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت
البينتان لظهور كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده ٥ عبد في يد رجل اقام

رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق ۞ دار وعبد
في يد رجل برهن رجلان كل واحد منهما انه اشتراها من ذي اليد بهذا العبد الذي في يده وسلم العبد اليه
قضي بالدار لهما لاستوائهما في الحجة وخير المامر فان امضيا فالدار والعبد بينهما لانه لم يسلم لكل واحد
منهما الا نصف المعوض فرجع كل واحد بنصف العوض فان فسخا العقد فالعبد وقيمته بينهما اي يقضي المدعا
عليه لكل واحد بنصف قيمة العبد لانه شرى كل واحد سلم كل العبد اليه وقد سلم الى كل واحد نصف
العبد فيضمن لكل واحد نصف قيمته تكميلا لحقه وكذا لو كانت الدار في ايديهما اذ المعنى لا يتفاوت ولو
كانت الدار في يد احدهما يقضي بالدار له لان تمكنه من قبضه يدل على ان شراه اسبق وكان القضاء له
احق والعبد للاخر لانه لم يسلم له شيء من الدار فرجع بكل العوض ۞ وان ارخا الشرى يقضي
لاسبقهما تاريخا والدار في يد اي كان لان تقدم شراه يبطل شرى الاخر وبيعه ايضا كذلك لو ادعيا
الشرى من رجلين ووقت احدهما اسبق فانه يقضي بينهما لان في البايعين يقدم بيع احدهما لا يبطل بيع
الاخر لا يبطل بيع الاخر وفي البايع الواحد بيعه الاول يبطل البيع الثاني فيقضي بالاول وان ارخ احدهما دون
الاخر والدار في يد المدعى عليه يقضي للمورخ بالدار وبالعبد للاخر لان الشرى حادث فيضاف الى
اقرب الاوقات وهو ما قبل الدعوى فكان شرى المورخ سابقا وان كان لاحدهما تاريخ وللاخر قبض
معاين او مشهود به فهو اولى لان الشرى يتأكد بالقبض لا بالتاريخ والقبض المعاين احق من المشهود به
فليس الخبر كالعيان ولو كانت الدار في ايديهما فارخ احدهما واطلق الاخر قضي بالدار بينهما والعبد بينهما
لان المورخ له فيما في يده تاريخ وقبض معاين وليس للاخر في ذلك شيء فصار هو اولى بما في يده وصاحبه
بما في يده بقبض معاين وليس للاخر فيه الا التاريخ فكان صاحب القبض اولى فيقضي بالدار والعبد
بينهما ولذا لو ادعيا ارثا او ملكا مطلقا فارخ احدهما واطلق الاخر فهو بينهما في ظاهر الرواية
وقد مرت المسئلة بتفاصيلها رجل اشترى دارا بعبد وسلم العبد والدار في يد غير البايع
المشتري ليقبض الدار وطلب تسليمها فقال ذو اليد هي لي ثم انه رهن ان الدار من المشتري اودعها
او اودع او اجرا او غصب لا رجع بالعبد على البايع لانه سلم له المبيع وهو الدار لانه لما وصلت اليه
الكالوصول بجهة البيع فينبغي ان يسلم العبد للبايع ولو جحد ذو اليد في الدار رجع المشتري بعبده
غاصب فيضمنه ولو كان مكان الدار امة فهلكت عند المشتري او ابق وضمنه ذو اليد بان كان
غيبها منه رجع المشتري على البايع بعبده لان استحقاق قيمة الامة كاستحقاق الامة حتى لو ظهرت
الامة سلم للمشتري وسلم العبد له ايضا اذ الامة سلمت له بالضمان لا بالبيع فلو خاصم المشتري

ذا اليد في تسليم الدار فلم يقدر على الوصول اليه وفسخ القاضي البيع للعجز ثم وصلت الدار اليه بالهبة او
بما ذكرنا فالفسخ ماض ويسلم له العبد والدار لان القاضي فسخ بيع الدار بسبب موجب للفسخ
وهو العجز عن التسليم فيعد فسخه ظاهرا وباطنا فلا يعود البيع وان زال العجز كما لو فسخ البيع
بالعيب ثم زوال العيب ۞ رجل اشترى دارا بعبد وتقابضا فاستحق نصف الدار خير
مشتري الدار في النصف الاخر لتفرق الصفقة عليه ولا خيار لمشتري العبد وان لم يسلم
له الا نصف العبد لان الخيار يثبت دليس الامر على صاحبه ولانه من باع كل الدار وليس
له الا النصف فقد رضي بالشركة في العبد ولو استحق نصف الدار ونصف العبد خير لوجود
علة الخيار في الطرفين وهو عيب الشركة لا بفعله فان زال عيب الشركة عن احد البدلين بوصول
ذلك النصف اليه بهبة او ارث او نحوهما بطل خياره وبقي الاخر على خياره ۞ برهن رجل
على رجل انه فقاء عين عبد له غايب لا يسمع قبل حضور العبد لان القضاء بالارش يبتني على
ملك الاصل متعذر وملك الاصل لم يثبت بعد لكونه غايبا حتى لو حضر العبد وانكر كان
الارش له دون المدعي بخلاف الميت والصغير والدابة والاقرار حيث يقضي فيها اما الاقرار
فصورته ان يقر المدعى عليه انه فقاء عين العبد وهو ملك المدعي والعبد غايب فانه
يقضي بالارش للمدعي ولان اقراره حجة في حقه فقط بخلاف البينة لانها حجة متعدية
واما الدابة فصورته ان يدعي انه فقاء عين برذون له غايب فانه يقضي له عليه بربع القيمة فلانه
لا يد له على نفسه فلا يكون قضاء على الغايب بخلاف العبد لانه في يد نفسه وانما يقضي
بربع قيمته لان العين من الادمي مضمونة بنصف الدية وبنصف القيمة ومن الفرس والحمار
والبغل والبعير وما يركب او يعمل بربع القيمة ومن الشاة بما نقص والصغير كالدابة
لانه لا يعبر عن نفسه وكذا الميت لانه لا يد له فان جاء رجل والدابة في يده سلم له الارش
لان اليد في الحال لا يدل على الملك فيما مضى لكن الدابة له الا ان برهن انها له وكانت
له يوم الفقاء بحيث يستحق الا ان يقيم المدعي الاول البينة ان الدابة له وانه فقاء عينها
وهي يومئذ له فحينئذ تكون بينته اولى لانه خارج والدعوى وان كانت في الارش ولكنه
تبع للنفس ۞ الناس احرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والقتل كذا روي عن عمر
وجماعة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ادعى على شخص مجهول الحال انه عبد فانكر
وقال انا حر الاصل فالقول له لان الاصل في الادمي الحرية لانه ولد ادم وحوا وهما حران

والباردار الاحاد فان اقام المدعي البينة ان نصفه له حكم به لقيام المبدل به في النصف
وتوقف الحكم في النصف فلا يحكم فيه برق ولا حرية اما الرق فلانه لم يعرف له مالك والقضا
لا بد له من مقضي له واما العتق فلانه لما قضي برق النصف تعذر القضا بالعتق لانه لا يتجزى فبقي
موقوفا وحكمه حكم العبد في الشهادة والحدود وغيرها لانه قضي برقه فان قتل رجلا خطا سئل
ولي القتيل اعبد هو ام حر فان قال عبد خير سيده بين دفع النصف او الفدا بنصف الديه
وان قال حر لا شي عليه لانه يدعي وجوب الديه على العاقله وان قطع عنه قضي للمولى بنصف ارشه
وتوقف نصفه لان ارش العبد يملك بملك الرقبه وقد ثبت ملك النصف فيثبت ملك نصف الارش
ادعى بكر بيتا هو في يد سعد وزيد وبرهن انه له وكل واحد منهما برهن انه له قضي نصفه لبكر
ونصفه لهما لان كل واحد منهما خارج فيما في يد صاحبه وشارك بكر كل واحد منهما في استحقاق
جميع ما في يد صاحبه فبكر مع سعد برهنا على ما في يد زيد فيقضي بينهما لانهما خارجان وكذا فيما في
يد الاخر ولو ادعى بكر الغصب او الوديعه على سعد فربعه لزيد وما بقي لبكر والحاصل ان لبكر
ثلاثه ارباع البيت لان النصف الذي في يد سعد فبينة سعد فيه غير مقبوله وبينة زيد وبكر
فيه مقبولتان مستويتان لان كل واحد يدعي ملكا مطلقا لان بكرا لا يدعي الغصب عليه فيقضي
بذلك النصف بين زيد وبكر نصفين واما النصف الذي في يد زيد فبينته غير مقبولة وكذا
بينة سعد لان بينة بكر ترجحت لانها تثبت غصب كل البيت بالحجة وهو لم يعارضه بمثله فكل
شي يصل اليه من البيت يجب تسليمه الى بكر والاصل ان الخارجين اذا تنازعا في عين وادعى احدهما
الغصب على صاحبه وبرهنا فالقاضي يقضي ببينة مدعي الغصب ولا يقضي ببينة المدعى عليه الغصب
ذا هنا ولو ادعى بكر الغصب على سعد وسعد عليه وادعى زيد ملكا مطلقا فنصفه لبكر ونصفه
للتعارض في دعوى الغصب فبقي دعوى الملك ولو ادعى بكر على سعد وسعد على زيد
وادعى زيد مطلقا فربعه لزيد وما بقي لبكر وهذا لان ما في يد زيد يصير لبكر لانه اثبت الغصب
على سعد في كل البيت ولم يعارضه بمثله بل ادعى الغصب على يد فصار بكر احق بهذا
النصف وما في يد سعد بين بكر وسعد نصفان لاستوائهما فكل واحد منهما لا يدعي الغصب على
صاحبه فكان بينهما نصفان فلهذا قضي لبكر بثلاثه ارباع البيت ولو ادعى بكر على سعد وسعد
على زيد وزيد على بكر فلزيد النصف الذي في يد سعد ولبكر النصف الذي في يد زيد ولو
ادعيا الغصب على بكر وهو على سعد فلزيد النصف الذي في يد سعد ولبكر النصف الذي

في يد زيد ولو ادعيا الغصب على بكر وهو على سعد فلزيد النصف الذي في يد سعد وما في يد زيد بين بكر
وسعد لاستوائهما فكل واحد منهما يثبت الغصب على صاحبه **فصل** الراكب واللابس
احق من اخذ اللجام والكم حتى لو تنازعا في دابة او قميص واحدهما راكبها والاخر لابسه والاخر
متعلق بلجامها او بكمه فالراكب او اللابس اولى في كونه ذا اليد لانه يتصرف تصرف الملاك
وكذا لو كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى لان العادة جرت بان الملاك
يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا بخلاف ما لو كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما تصرفا
ولو تنازعا في بساط واحدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما لا على طريق القضا لان القعود
ليس بيد عليه حتى لا يصير غاصبا ببساط الغير بمجرد القعود عليه بخلاف الركوب على الدابة فانه
يصير غاصبا بمجرد الركوب بغير الاذن كذا حمل وجذوع واتصال من الهرادي لو تنازعا في بعير وعليه
حمل لاحدهما فصاحب الحمل احق لانه المتصرف واذا كان حايط لرجل عليه جذوع او متصل
ببنائه وللاخر عليه هرادي تنازعا في الحايط كل واحد يدعي ان الحايط له فالحايط لصاحب الجذوع
والاتصال والهرادي ليس بشي لان صاحب الجذوع مستعمل للحايط بما وضع له الحايط وهو وضع
الجذوع عليه لان اتخاذ الحايط للتسقيف وذا بالجذوع يكون وصاحب الهرادي صاحب تعلق
لا صاحب استعمال لان الحايط لا يبنى لوضع الهرادي عليه فصار كدابة تنازع فيها رجلان
لاحدهما حمل وللاخر كوز معلق او مخلاة معلقة فصاحب الحمل اولى كذا هنا والاتصال ضربان
اتصال تربيع واتصال ملازقه والاول هو المراد تفسيره ان يكون انصاف لبنات الحايط
المتنازع فيه متداخله في انصاف لبنات الحايط الذي لا نزاع فيه وان كان الحايط
من خشب بان يكون ساجا احدهما مركبة في الاخرى وهذا ظاهر الروايه وهو شاهد ظاهر
لصاحبه لان الظاهر انه هو الذي بناه مع حايطه فتداخله انصاف اللبن لا يتصور الا عند
بناء الحايطين معا فكان اولى وقوله الهرادي ليس بشي يدل على انه لا اعتبار للهرادي
اصلا وكذا البواري لانه لم يبن استعمالا له وضعا اذ الحايط لا يبنى لهما وانما يبنى للتسقيف
والتسقيف لا يمكن على الهرادي والبواري فصار وجودهما كعدمها حتى لو تنازعا في حايط
ولاحدهما هرادي وليس للاخر عليه شي فهو بينهما ولا يختص به صاحب الهرادي ولو
كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها
بعد الثلاثه حتى لو كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللاخر ثلث خشبات فهو بينهما

نصفان لان لكل واحد منهما عليها حمولة مقصودا اذ بني الحائط لاجله ولا يعتبر التفاوت بعد ذلك في
الحمل والكثرة بعد تمام النصاب اذ الثلاث اول الجمع كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها جوالق
منا وللاخر مائة من كان بينهما نصفين ولو كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللاخر خشبة
فلكل واحد منهما ما تحت خشبته ذكره في كتاب الدعوى والقياس ان يقضى بينهما نصفان وهو
رواية عن ابي حنيفة لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة فيستويان وذكر في كتاب الاقرار ان الحائط
كله لصاحب العشر خشبات الا موضع الخشبة فانه لصاحبها لان لصاحب العشر عليه حملا مقصودا
بني الحائط لاجله وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك لان الحائط لا يبنى لاجل خشبة واحدة
فكان الظاهر شاهدا لصاحب العشر الا انه لا يرفع خشبته لانه ثبت له حق الوضع لان استحقاق
صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق بينة ووجه رواية كتاب الدعوى
ان الاستحقاق باعتبار وضع الخشبة فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود
سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع واما بين الخشبات فلم يذكر في الكتاب انه لايهما يقضى قال
بعضهم يقضي بالكل بينهما على احد عشر سهما عشرة لصاحب الخشبات وسهم لصاحب الخشبة
اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة من الحائط واكثرهم على انه يقضي بالكل لصاحب العشر خشبات
لان الحائط يبنى لوضع عشر خشبات لا لوضع خشبة الا موضع الخشبة الواحدة لضرورة استعمال
صاحبها اذ يده على ذلك القدر اظهر فيقضي بما سواه لذي الخشبات لما ان الضرورة اذ الثابت
بالضرورة لا يعدو موضعها وقيل يقضى ما بين الخشبات بينهما نصفين لان كل واحد منهما مستعمل
للحائط الا ان احدهما اكثر استعمالا ولا يترجح بكثرة العلة ولو كان لاحدهما عليه جذوع
وللاخر اتصال فهو لصاحب الجذوع لان له استعمالا وتصرفا ولصاحب الاتصال يدا والتصرف
اقوى لانه المقصود باليد وقال الطحاوي صاحب الاتصال اولى لان الحائطين صارا
كحائط واحد باتصال المداخلة اللبنات وبعضه لاحدهما بالاتفاق ومن ضرورته
ان له بعضه القضاء بكله او يرد المختلف فيه الى المتفق عليه ن ثوب في يد رجل وطرف
في يد اخر تنازعا فيه فهو بينهما نصفان لان كل واحد منهما اثبت يده على هذا الثوب
الا ان يد احدهما ثبتت في اكثره ويد الاخر في اقله والزيادة من جنس الحجة فلا توجب
ترجيحا وزيادة في الاستحقاق كما لو اقام احد المدعين شاهدين واقام الاخر اربعة
صبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه اي يعقل ويفهم ما يجري على لسانه فقال انا حر فالقول قوله

لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان
الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة
ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا اسقط اعتبار يده
شرعا فحينئذ تعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم الاهلية بان كان
صغيرا لا يعبر عن نفسه اي لا يعقل ما يقول وقد يكون بثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن
عجز حكمي والرقبات عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة
ولو قال انا عبد لفلان لغير ذي اليد وهو يعبر عن نفسه وقال الذي في يده انه عبدي
فهو عبد للذي في يده لانه لما اقر على نفسه بالرق فقد اقر بسقوط اعتبار يده فكان يد صاحب
اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا تنقطع يده الا بحجة وشهادة
العبد ليست بحجة فان قيل كيف يصح اقرار الصغير بالرق لغيره وهو من المضار والصغير
يقرب من المبار ويبعد من المضار قلت ثبوته بدعوى ذي اليد لا باقراره اندفع المعارض
فان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه فكان يد صاحب اليد
ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه وهو بمنزلة الثوب والبهيمة فلو كبر وادعى
الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صباه فلا ينقض الامر الثابت بلا حجة ن
عشرة ابيات من دار في يد رجل وبيت في يد اخر تنازعا في الساحة فالساحة بينهما نصفان
لانهما سواء في استعمال الساحة لان استعمال الساحة بالمرور وهما في حق المرور سيان
ولعل مرور صاحب القليل اكثر بان كان [illegible] على ان الترجيح لا يقع بكثرة ما هو
من جنس العلة وصار كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت ٥
ارض ادعاها رجلان اي يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد احدهما الا ببينة
لان اليد حق مقصود يستحق الانسان بها حقا مقصودا كالملك ولو ادعيا الملك لا
يقضى لاحدهما الا ببينة كذا هذا ولان اليد غير مشاهد فيها لتعذر احضارها وما غاب عن
علم القاضي فالبينة تثبته ولانه جاز ان يكون في يد غيرهما فلو قضى بها لاحدهما باليد بطل
صاحب اليد بلا حجة وانه لا يجوز فان اقام احدهما البينة جعلت في يده لانه نور دعواه
بالحجة وجعل الاخر خارجا وان اقاما البينة قضي باليد لهما اعتبارا لليد بالملك
وان لبن احدهما في الارض لبنا او بنى او حفر فيها فهي في يده لان من ضرورة

الاستعمال اثبات اليد كالركوب في الدواب واللبس في الثياب ۞ ادعى دارا ارثا فشهدوا بالملك
مطلق لم تقبل وبعكسه تقبل وينبغي ان يسال المدعي ادعى الملك بهذا السبب الذي شهد
به الشهود ام يدعيه بسبب اخر وقال لا ادعيه بهذا السبب لا تقبل بينته شهوده ولا
يقضى له بالملك والاصل ان الشهود اذا شهدوا باكثر من المدعي يكذب باطل وتبطل شهادتهم وان الدعوى بصارمه
شهدوا باقل مما ادعى المدعي تقبل والملك المطلق ازيد من المقيد لانه يثبت من الاصل
والملك بسبب يقتصر على ادنى ما يمكن لان السبب من الحوادث الا ترى ان القضاء بالملك المطلق
يوجب استحقاق الزوائد والقضاء بملك بسبب لا يوجب استحقاق شيء من الزوائد الا
سابح ۞ قضى له بدار فاقر انها ملك لفلان لا حق لي فيها وصدقه المقر له فهي للمقر له ولا يضمن
المقر ان كان في مجلس القضاء لانه يحتمل انه باعه منه قبل القضاء بشرط الخيار فصار غاصبا للمقضي
عليه الدار منه فلو نفي مضى المدة مجلس القضاء ولو قال ما كانت لي قط ولكنها لفلان وصدقه
المقر له ينقض القضاء وترد الدار على المقضي عليه ولا شيء للمقر له لان المقر والمقر له تصادقا
ان الشهود زور وان القضاء باطل وان اقراره باطل حصل في ملك الغير ولو قال المقر له
بعد ما قال المقر ما كانت لي قط هي للمقر ولكن اشتريتها منه فهي للمقر له وضمن المقر قيمتها للمقضي
عليه لان اقراره صح اذ القاضي قضى له بالدار فكان مقرا بما هو مملوك له وقوله ما كانت
لي قط تضمن بطلان الاقرار والرجوع عنه وقد كذبه المقر له في ذلك فلم يبطل اقراره في حق
المقر له ويجب على المقر قيمة الدار للمقضي عليه لان في زعم المقر ان الدار ملك المقضي عليه
ان القاضي اخطا في قضائه بالدار لي وقد عجز عن ردها باقراره فيضمن قيمتها ولو قال قبل
قضائه هي لفلان وصدقه لم ينقضه لان قوله لفلان يحتمل النفي من الاصل فيكون اكذابا للشهود
فلا يجوز القضاء ويحتمل انها لفلان لانه ملكها بعد الشهادة فلا يكون اكذابا فيجوز ولا
ينقض بالشك الا ان يقول متصلا بمقالته بعد الشهادة لانه بهذا البيان انتفى احتمال انه
يثبت من الاصل وانما شرط الاتصال لانه بيان معتبر ۞ اقر ذو اليد لرجل بدار فقال المقر
ما كانت لي قط ولكنها لفلان موصولا وصدقه المقر له الثاني يدفع الى المقر له الثاني لان
الاول والثاني يتصادقان والثالث يدعي ولا مزاحم له ولو مفصولا لا اي لو قال المقر له
ما كانت لي قط وسكت ثم قال هي لفلان دفعها للمقر الاول لانه ارتد اقراره بالسكوت ۞
ادعى دارا ارثا عن ابيه فشهدا ان اباه مات فيها وانها كانت له او كانت لابيه

فيها او مات وهو جالس على هذا الفراش او قاعدا او نائم لا تقبل لانهما لم يشهدا بالملك ولا
باليد الدالة عليه ولو شهدا انه ساكن في هذه الدار او لابس هذا الثوب او هذا الخاتم او
راكب هذه الدابة او حامل لهذا الثوب تقبل لانهما شهدا على اليد المتصرفة ۞ في يد زيد
دار برهن بكر انها له ارثا من ابيه وبرهن اخو زيد انها له ولزيد ارثا عن ابيهما وذو اليد
ينكرهما فربعها للاخ وثلاثة ارباعها لبكر لان الاخ لا يدعي الا النصف فسلم النصف
لبكر ونزاعهما في النصف سواء وان صدق ذو اليد الذي ادعى اخوه بعد ما برهنا فكذلك
لانه ثبت لهما الاستحقاق ارباعا فلا يبطل باقراره وان كان قبله فالكل لبكر سواء كان
الاخ حاضرا او غائبا لان ذا اليد باقراره انها ميراث انتصب خصما عن جميع الورثة وصار
صاحب اليد فكان [illegible] ۞ دار لثلاثة مات احدهم فبرهن رجل انه اخو الميت
وقضي له ثم ادعى اخر انه ابن الميت وكذبه الاخ وصدقه الشريكان فلا سبيل له على ما في
يد الاخ قبل اقامة البينة لانه مكذب له وبمجرد الدعوى لا يستحق شيئا فان اراد ان
يدخل مع الشريكين في نصيبهما باقرارهما لم يكن له ذلك لان القاضي جعل نصف الميت
في يد اخيه بقضائه فيهما وان اقرا بانه ابن الميت فانما اقرا بنصيب الميت وليس في يدهما
شي من نصيب الميت فلا سبيل له عليهما قبل القسمة وبعد القسمة قضاء او بغيره يدخل
الابن في نصيبهما لان القسمة في غير المثليات مبادلة حكما فكان بعض ما للميت في
ايديهما عوضا عما كان لهما كما لو اخذ الاخ بلا حكم فانه يدخل في نصيبهما قبل القسمة لانهما
اقرا ان الاخ غاصب منهما الثلث شائعا اذ الفعل الحسي انما يرد على البعض المعين
من الجملة فيبقى الباقي مشتركا بخلاف المثلي اذ لو كان مثليا كالمكيل والموزون لا
يشاركهما لانها افراز محض ۞ مات وترك ثلاثة اعبد قيمتهم سواء ولا مال له غيرهم برهن
زيد انه اوصى له بهذا العبد واقر الوارث لبكر بغيره وصية وانكر الاول فقضى لزيد لان
البينة حجة مطلقة ولا شيء لبكر لان الاقرار حصل على وجه الوصية وكل الثلث صار
مستحقا لغيره الا ان يصل اليه بشرى او وصية او ارث فانه يدفعه للمقر له لعود
محل الوصية ۞ فلو اشترى الوارث العبد المقضي به بالذي اقر به وصية غرم الوارث
قيمة المقر به للمقر له لانه زعم انه وصل اليه لانه اشترى وقد فوت المقر به فغرم قيمته
فلو اعتقه المقر له قبل ان يقضي للمدعي نفذ لانه ملكه ظاهرا اذ الاقرار يوجب الحق

نفسه فلما ابطل بعضها القاضي كان الملك في المقربه للمقر له ماثنا فلهذا ينفذ عتقه ولو وصى لصاحب السمه
ضمن المعتق للوارث قيمته لانه وجب رده وقد عجز ولو اعتقه بعد القضا لا ينفذ لاستحقاق
المحل ولو ترك عبدا واحدا فاقر الوارث انه اوصى به لهذا واجزت بعد موته واقام رجل البينه
ان له على الميت الفا وقيمه العبد الف وسعى فيه او جعل بدينه وصل العبد الى الوارث
بشرى او نحوه سلم له ولا يومر بالتسليم الى المقر له لان من زعمه ان الدين باطل فليس للقاضي
بيعه بالدين ولكن له ولاية البيع بطريق الحفظ لان للقاضي ولاية الحفظ اذا لم يكن للتركه
حافظ كما في حال غيبة الوارث وههنا لما طرا الدين وطعن الموصى له وند الوارث
سقطعه وليس للتركه حافظ فاشبه ذلك غيبة الوارث واذا نفذ البيع بطل حق الموصى
عن العبد واشتغل بالثمن ولو مات العبد عن ورثه هذا الوارث فان اصاب ذلك الالف
بعينه فالموصى له احق به لانتقال حق الموصى له الى الثمن الا ان المشهود له اصل نقرحق فاذا
وصل اليه سلم اليه وان اصاب مالا اخر فالموصى له احق به ايضا لان من زعم الوارث ان
المشهود له اخذ الفا هو حق الموصى له قضا رد ذلك دينا عليه فاذا اخذه كان غرمه احق بتركته
من الوارث وكذا لو لم يورثه ولكن اوصى له به او بمال اخر لتقدم الدين على الوصيه ام ولد قتلت
سيدها عمدا فعفى بعض الورثه تسعى في قيمتها لانه سقط نصيبه فلو اقر احد
الورثه وهم ثلاثه انه كان لها ابن من الميت بعد قتله لم ينفذ فان لديه ثلاث للمقر عليها
لانه اقر بسقوط القود وادعى انقلاب نصيبه مالا فلا يثبع عليها وان صدقته فقيمتها
قيمتها بينها وبين المقر على سته وعشرين لها ثلاثه حظ عنها وسبعه للمقر في الباقي وللمنكرين
لنا العمه يكال لده هذا لان الحكم في حقها لا يتغير باقرار المقر وكان لها الثلث ثم
زعم المقر والام ان القسمه ارباع ربع منه للابن الميت وذا مقسوم بين الام والمقر
لان لها السدس والباقي للاخوه الا انا جعلنا ذلك الربع على سته كما احتجنا الى
سدس فسهم منها للام وبعد خمسه بين ثلاثه لا يستقيم فنضرب ثلاثه في سته فيصير
اثنا عشر واذا صار نصف الابن الميت ثمانيه عشر صار نصف كل ابن ثمانيه عشر
الكل اثنان وسبعون الا ان المنكرين اخذا زيادة على حقهما لان حقهما في النصف سته
وثلاثين وهما قد اخذا الثلثين ثمانيه واربعين فقد اخذا سدسا زائدا بغير حق وهو اثنا
عشر فتوزع لذلك على المقر والام ونصيب المقر من الاب ثمانيه عشر ومن الاخ

ونصيبها ثلاثه فيكون ستة وعشرين فيجعل الثلث الباقي على سته وعشرين ثلاثه اسهم لها فاسقط
وسبعه في ثلاثه وعشرين للمقر ولو كانوا اربعه فمات احدهم بعد قتله فاقر احد الثلاثه
انها ام الميت الثاني وهذا ابن الميت الثاني وكذبه لم يسع له وان صدقته وكذبه الغلام
نصف السدس من الام والعم على ثمانيه لحصه ولها ثلاثه على العم وان صدقاه
فنصف السدس من قيمتها نصيب بينها وبين الغلام على سته لحصه ولها سهم وسبعى للمقر
في ربع قيمتها لانه نصيبه بانتفاقهما ادعى دارا ارثا وادعاها وارث ذي اليد ايضا
وبرهن كل واحد منهما على انها دار اسه مات وتركها ميراثا له وقد مات ذو اليد قبل القضاء
فتركت البينتان فيقضى بينهما لان سبب الاستحقاق قام لهما فبقي الوارث خارجا معنى فلو
تركت بينه احدهما وقضى بها بطلت بينه الاخر لان البينه ما سمعت فالقضا لا تطيق
نقض رد الاخر الا ان يعيدها عليه فيقضى فلو برهن الاجنبي في حياته والوارث بعد
موته فتركتا استويا وقضى بينهما نصفين وبعكسه قضى للاجنبي لان استحقاقه لا يمنع به
فبقي الاجنبي خارجا ولو اقام كل واحد شاهدين بعد موته قضى للاجنبي لانهما اعرضا
عن شهاده الحق ولو اقام كل شاهدا في حياته وشاهدا بعد موته استويا

باب دعوى النسب

يكون ح
الاصل ان دعوة الاستيلاد اولى من دعوة التحرير لانها اسبق ودعوة الاستيلاد ان العلوق
في ملك المدعي ودعوه التحرير ان لا يكون العلوق في ملك المدعي باع امة فولدت لاقل
وهو ا
لاقل من سته اشهر منذ بيعت فادعاه البايع فامه ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن والقياس
انه لا يثبت النسب من البايع اذا لم يصدقه المشتري وبه اخذ زفر والشافعي لان البايع
متناقض في كلامه ساع في نقض ما تم وهو البيع اذ الاقدام على البيع اعتراف منه بجوازه
والتناقض يبطل الدعوى ولا نسب بدون الدعوى وصار كما لو ادعى البايع الولد وكذبه
المشتري فانه لا يثبت النسب ولنا انه امكن اثبات النسب منه فيثبت وهذا
لانا تيقنا بحصول العلوق في ملكه لما ولدت لاقل من سته اشهر وذا ينزل منزله البينه
العادله في اثبات النسب منه اذ الظاهر عدم الزنا منها وامر النسب على الخفا
فقد يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر له انه منه فكان عذرا له في اسقاط التناقض
كعبد كاتبه سيده ثم برهن ان مولاه كان حرره قبل الكتابه فانه يقبل ويبطل الكتابه

فلم يعتبر السابق لخفاء الاعتاق وامر العلوق اخفى والعذر فيه اقوى واذا صحت الدعوى استندت
الى وقت العلوق فنظهر انه باع ام ولده فيفسخ البيع لامتناع جواز بيع ام الولد ويرد الثمن
لان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع بخلاف اب البايع لانه لم يعتمد العلوق على ملكه
وكان له حق التملك على ولده وقد زال ذلك بالبيع وان ادعاه المشتري مع دعوة البايع
او بعده فدعوة البايع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذا لان دعوة
البايع دعوة استيلاد لان اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ اصل العلوق
لم يكن في ملكه ودعوة الاستيلاد اقوى لاستنادها الى وقت العلوق واقتصار دعوة
التحرير على الحال فدعوة البايع سابقة معنى فكانت اولى وكذا ان ماتت الام فادعاه البايع
وقد ولدت لاقل من ستة اشهر يثبت نسب الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في
النسب لانها تستفيد الحرية منه الا ترى الى قوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت
لها حق الحرية والحقيقة اقوى من الحق ويستتبع الادنى ولا يضره فوات التبع ويرد الثمن كله
عند ابي حنيفة لانه ظهر انه باع ام ولده وهي غير متقومة عنده في البيع والغصب فلا تضمن عند
المشتري غير مضمونة واسقط البيع فيرد كل الثمن وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة
الام لانها متقومة عندهما فيضمنها وان مات الولد فادعاه البايع وقد ولدت لاقل
من ستة اشهر لم يثبت نسبه لاستغنائه بالموت عن النسب ولم تصر ام ولده لان
الاستيلاد فرع النسب فلو ثبت لكان اصلا وهذا لا يجوز بخلاف بيعه فانه اذا لم
يولد عنده ثم باعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه فهو ابنه ويبطل
ان وقال زفر لا تصح دعوته لانه مناقض ولنا ان اتصال العلوق بملكه كالبينة
لا يحتمل النقض وما له من حق الدعوى لا ينقض البيع لاجله وكذا لو كاتب
[illegible] او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لانها تحتمل النقض
[illegible] كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق على ما سياتي وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري
ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري
لا يحتمل النقض كاعتاقه والعتق مثل الموت حتى لو حبلت امة في ملك رجل فباعها فولدت
في يد المشتري لاقل من ستة اشهر من بيعها فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام
[illegible] وحكم بحريته ولا تصح في حق الام حتى لا تصير ام ولد له ولو كان المشتري اعتق الولد

ولدها اعتقها الخبر صح

لا تصح دعوته لا في حق الولد ولا في حق الام والفرق ان المقصود بالدعوة الولد لانه المقصود في
اثبات النسب والام تبع ولهذا ينسب الولد اليه بلا واسطة والام تنسب اليه بواسطة
الولد فاذا اعتق المشتري الولد فقد حصل بالولد ما يمنع الدعوة وهو الاعتاق لان اعتاق
المشتري صح ظاهرا ولو صحت دعوته في حق الولد يبطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه وصحته
لا يحتمل البطلان فلم تصح الدعوة في حق الولد كيلا يبطل حق المشتري فلا تصح في حق الام ايضا
لانها تبع له نعم لها هنا حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل النقض ايضا ولكن الثابت
للمشتري حقيقة الاعتاق فسقط الحق لضعفه بمقابلة الحقيقة لقوتها واذا اعتق
المشتري الام فقد حصل بالام ما يمنع صحة الدعوة فتصح دعوة الولد وان لم تصح في حق الام
لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل وليس من ضرورة ثبوت النسب
الولد وحريته صيرورة الام ام ولده كولد المغرور فانه حر الاصل ثابت النسب من
المستولد وامه ليست بام ولده بل هي امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا
استولد امة الغير بنكاح ثبت نسبه ولا تصير ام ولده والتدبير مثل الاعتاق لانه لا
يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية كامتناع التمليك من الغير وفيما اذا اعتق
الام يرد عليه حصته من الثمن عندهما وعنده يرد كل الثمن في الصحيح كما في فصل الموت
كذا ذكر في الهداية وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق
بين الموت والعتق ووجهه ان القاضي كذب البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من
المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيرد حصتها
ايضا ولو ولدت لاكثر من سنتين من وقت البيع ردت دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال
العلوق بملكه وهو الاصل في الباب الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب منه
ويحمل على ان البايع استولدها بحكم النكاح حملا لامره على الصلاح ويبقى الولد عبد المشتري
ولا تصير الام ام ولد البايع كما لو ادعاه اجنبي اخر لان بتصادقهما ان الولد من البايع لا
يثبت كون العلوق في ملكه لان البايع لا يدعي ذلك وكيف يدعي والولد لا يبقى في
البطن لاكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البايع واذا لم يثبت العلوق
في ملك البايع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للامة ولا يظهر بطلان
البيع ودعوة البايع هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس باهل لها ولو ولدت لاكثر من

ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع الا بتصديق المشتري لانه احتمل
ان العلوق لم يكن في ملكه فلم يوجد الشاهد فلا بد من تصديقه فان صدقه ثبت النسب
ويبطل البيع ويكون الولد حرا والام ام ولد لانهما تصادقا واحتمل ان يكون العلوق في
الملك ولو تنازعا فالبينة للمشتري اي اذا باع امة فولدت عند المشتري فقال البايع
بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لاكثر من ستة اشهر والولد ليس منك
فالقول للمشتري بالاتفاق لان البايع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر فان اقاما البينة
فالبينة للمشتري ايضا عند ابي يوسف لانه اثبت زيادة مدة في الشرى وعند محمد البينة
للبايع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان اكثر اثباتا ولو
باع احد التوأمين وادعى الاخر ثبت نسبهما ولو كان اعتقه مشتريه بطل عتقه لان الاصل
ان التوأمين ولدان بين ولادتيهما اقل من ستة اشهر فيكونان من ماء واحد اذ لا يتصور
علوق الثاني حادثا اذ لا حبل اقل من ستة اشهر والعلوق يتعذر لانها اذا حبلت على العلوق به
ينسد فم رحمها واذا كان الامر كذلك فاذا ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه
لانهما لا ينفصلان نسبا فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر فاذا كان في
يده غلامان توأمان ولدا عنده وكان علوقهما عنده ايضا فباع احدهما فاعتقه المشتري
ثم ادعى البايع الغلام الذي عنده انه ابنه فهما ابناه ويبطل عتق المشتري لان دعوة البايع
صحت في الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه فيثبت نسبه واذا ثبت
نسبه ثبت نسب الاخر لانهما خلقا من ماء واحد ويبطل عتق المشتري ضرورة ولان الذي عنده
ظهر انه حر الاصل فاقتضى ان يكون الاخر حر الاصل فانه يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل
والاخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة
باصل الخلقة بخلاف ما لو كان الولد واحدا لان العتق يبطل مقصودا لحق دعوة البايع
وانه لا يجوز وهنا يثبت الحرية في الذي عنده ثم تتعدى الى الاخر ضمنا وتبعا فيسعى في
تمام الولاية هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه فان لم يكن اصل العلوق في ملك البايع
والمسألة بحالها يثبت نسب الولدين من البايع ايضا لان التوأمين لا ينفكان نسبا وقد
ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الاخر ضرورة ويعتق
الذي عند البايع على البايع ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينقض بيعه

لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد الى اتصال العلوق بملك
من يدعيه فاذا كانت دعوة تحرير يقتصر على محل ولايته وصار كان البايع اعتقها فيعتق
من في ملكه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين بعتق عارض حرية الاخر فلهذا
لا يعتق الذي عند المشتري عليه ولو ولدت توأمين فباع احد الولدين ثم ادعى اب البايع
الولدين وكذباه صارت ام ولد بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذي في يد البايع ولا يعتق
الذي بيع لما فيه من ابطال ملكه الظاهر بخلاف النسب لانه لا ضرر به فرق بينه
وبين البايع اذا كان هو المدعي كما مر ووجه الفرق ان نسب دعوة البايع ثابت في حق
المشتري وهو العلوق في ملكه فاذا صار احدهما حرا بدليل هو حجة على المشتري تعدى
الى الذي اعتقه المشتري فبطل اعتاقه بثبوته وهنا حجة الاب حق التملك وهو
ثابت في حق البايع دون المشتري فجعل في حق المشتري كتحرير مبتدأ لعدم الحجة في حقه واحد
التوأمين ينفرد عن الاخر في التحرير المبتدأ وكذا لو باع الام مع احدهما ثم ادعى الاب
دعوته عند ابي يوسف وثبت نسبهما والولد القائم حر بالقيمة والولد المبيع مع امه بقيا
على ملك المشتري وعند محمد لا يصح لعدم ملكها ولابي يوسف ان الولد اصل بدليل
بائع صحة الدعوة بعد موتها صبي في يد رجل قال الذي في يده هو ابن عبدي فلان الغايب
ثم قال هو ابني لا يكون ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا اذا جحد العبد ان يكون ابنه فهو ابن للمولى واذا صدقه او لم يدر تصديقه
ولا تكذيبه لم يصح دعوة المقر عندهم وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد
على فراشه ثم ادعاه لنفسه وتفسير المسألة ان يكون رجل في يده صبي ولد في ملكه
وهو يسعه ولا يامن المشتري ان يدعيه البايع يوما فيطلب حيلة تقع له الامن من انتقاض
البيع بالدعوة فالحيلة في ذلك عند ابي حنيفة ان يطلب من البايع حتى يقر البايع
انه ابن عبده الغايب فان بعد هذا الاقرار لا يصح دعوة البايع صدق العبد فيما قال
او كذبه او لم يدر انه كذبه او صدقه والحيلة على قول الكل ان يقر البايع ان هذا
ابن فلان المسمى حتى لا يتاتى منه تكذيبا فيكون محرزا على قول الكل لهما ان الاقرار
بطل بالجحود فصار كان لم يكن الاقرار وهذا لان الاقرار بما يحتمل النقض ملحق بما يحتمل النقض
والنسب وان كان لا يحتمل النقض فالاقرار يرتد بالرد الا ترى ان الاكراه لا يبطله

ما لا يحتمل النقض وكذا الهزل وبطلان الاقرار بذلك فصار كمن اشترى عبدا ثم اقر ان البائع
كان اعتقه وكذبه البائع ثم يقول المشتري انما اعتقته فان الولاء لا يتحول اليه كانه لم يقر اصلا
بخلاف ما لو صدقه العبد فانه لا يصح دعوة البائع لان بالتصديق يثبت نسب الولد من العبد
فيمنع ذلك صحة دعوة البائع وبخلاف ما اذا لم يوجد تصديقه ولا تكذيبه لانه يتسبب العبد
حق التصديق فلا يصح دعوة المولى بعد ذلك كولد الملاعنة لا يصح دعوة غيره نسبه لقيام
حق الدعوة في حق الملاعن على اعتبار ان يكذب نفسه ولنا ان هذا اقرار بما لا يحتمل
النقض وهو النسب وذا لا يبطل برد المقر له الا ترى ان المشتري اذا اقر ان البائع
اعتق ما كان باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق على المقر واذا لم يبطل امتنع
بذلك دعوة المقر كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه
الشاهد انه ابنه فانه لا يصح وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب
يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فصار الحكم فيه كالذي لم يصدقه ولم يكذبه
ومسئلة الولاء قيل على هذا الخلاف ذكره في كتاب الولاء وبعد التسليم فالنسب الزم
بالنسبة الى الولاء لان الولاء اذا استحقه يحتمل الانتقاض بدليل ان المعتقة اذا
ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت واعتقت فولاؤها لمن اعتقها ثانيا وبطل ولاء
الاول والنسب اذا ثبت حقيقته لا يحتمل الانتقاض والارتفاع ولان الولاء يبطل
باعتراض الاقوى كجر الولاء من قوم الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف
ما هو اقوى وهو دعوة المشتري فيبطل به بخلاف النسب كما ترى في ولد الملاعنة
فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن ولو كان صبي في يد مسلم
ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني اذ ادعيا معا
ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى والفرق انهما في دعوى النسب استويا
فرجح المسلم بالاسلام لان القضاء من المسلم بالنسب قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده
لا تعارض بين الدعوتين اعني دعوى الرق ودعوة النسب لانه يجوز ان يكون عبدا للواحد
ابنا للاخر في شيء الرجحان بالاسلام الا ترى ان الرجح في الاسلام واجب في
النسب نظرا للصغير ونظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف
الاسلام مالا لانه يملك اكتساب الاسلام بنفسه لوضوح دلايل الالوهية وسطوع براهين

الربوبية ففي كل شيء له آية تدل على انه واحد وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا لابيه وحرمانه عن
شرف الحرية لانه لا يمكنه اكتساب الحرية بنفسه امراة ادعت صبيا انه ابنها لا تصدق
الا ان تاتي بامراة تشهد بالولادة ولو المراد به امراة لها زوج وانما لم يصح لانه من الزام
النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة والحجة شهادة القابلة وهذا لان سبب لزوم
النسب قائم وهو النكاح ولكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة
لا محالة وفي اثبات الولادة وتعيين الولد الزام عليه وشهادة القابلة تكفي لذلك لانه
عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت تدعي النسب في ذلك على الرجل
من غير نكاح قائم بان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وهي شهادة رجلين
او رجل وامراتان ولو كانت لا تدعي الزاما على احد بان لم تكن منكوحة ولا معتدة يثبت
النسب منها بقولها بلا حجة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فان كان لها زوج فصدقها
فهو ابنهما بلا شهادة امراة لان الذي يلزمه النسب قد اعترف به فاغنى ذلك عن الحجة
ومن المشايخ من اجرى المسئلة على اطلاقها وزدتها وان لم تكن ذات زوج عملا باطلاق
ما ذكر محمد صبي في يد زوجين زعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت المراة انه ابنها من غيره
فهو ابنهما لان كل واحد منهما اقر بنسب الولد منه وادعى ما يخرجه من يد صاحبه وكذبه
صاحبه في اخراجه من يده ويدهما ثابتة في الولد على السواء فصح اقرارهما للولد بثبات
النسب اذ الظاهر انه بينهما لقيام ايديهما ولقيام الفراش بينهما ولم يصح دعوى كل واحد
منهما الاخراج من يد صاحبه كثوب في يد رجلين كل واحد منهما يقول هو بيني [illegible] لم يصدق
واحد منهما في ابطال حق صاحبه ويكون الثوب بينهما الا انه يدخل المقر له في نصيب
المقر ثم ان يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان لان المحل يقبل الاشتراك وهنا
لا يدخل لان النسب لا يحتمل الشركة ومن اشترى امة فوطيها فولدت منه ولدا فاستحقها
رجل غرم الاب للمولى قيمة الولد يوم يخاصم ان جاء المستحق والولد حي والاصل فيه ان ولد
المغرور حر بالقيمة والمغرور من يشتري امة او يتملكها بسبب من اسباب الملك كالهبة
والوصية والصدقة فيستولدها ثم تظهر بالبينة انها ملك الغير او يتزوج امراة على
انها حرة ثم تظهر بالبينة انها امة فالولد في هذه المسائل حر بالقيمة روي ذلك عن عمر
رضي الله عنه في النكاح وعن علي في الشرى وذا بمحضر من الصحابة فحل محل الاجماع ولان

النظر من الجانبين واجب اذ المغرور بنى امره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والامة ملك
المستحق والولد ممنوع عن ملكه فاستوجب النظر له ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر
الامكان وذا بان يجعل في حق المستحق في معنى المملوك ويجعل في حق المغرور في صورته فيجعل حر الاصل
في حقه عبدا في حق المستحق ولهذا قال محمد اذا تزوج العبد امراة على انها حرة فولدت
ثم ظهر انها امة فالولد حر بالقيمة بلا فصل بين اب واب وقال ابو حنيفة وابو يوسف انه
متولد من رقيقين فكيف يكون حرا والمنقول عنهم في الاب الحر وانما اوجبنا القيمة يوم الخصومة
لان الولد غير زوائد الغصب وزوائد الغصب انما تضمن بالمنع كولد المغصوبة والمنع
انما يتحقق بعد الطلب فيعتبر القيمة يوم الطلب وهو يوم الخصومة فان كان المشتري
باع الامة من رجل اخر واستولدها المشتري الثاني ثم استحقها رجل وجعل القاضي
الولد حرا بالقيمة يرجع المشتري الثاني على البايع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ويرجع المشتري
الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ابي حنيفة لان البايع الاول
ضمن للمشتري الاول سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان السلامة
انما يثبت بالبيع والبيع الثاني يضاف الى الثاني لا الى الاول وعندهما يرجع بقيمة الولد ايضا
لان المشتري الثاني انما يرجع على البايع الاول بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد في ضمن
البيع ولم يسلم له وهذا المعنى يقتضي رجوع المشتري الاول على البايع الاول لان البايع
الاول ضمن له سلامة الولد ولم يسلم له لما ضمنه قيمة الولد فان مات الولد لم يضمن الاب
لان الولد حدث في يده بلا صنعه وفي مثل هذا انما يجب الضمان بالمنع والمنع يكون بعد الطلب
فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن كما لو هلك ولد المغصوبة
عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس بعوض عن الولد
فلم يصر الولد سالما له بسلامة الارث فلا يغرم شيئا والمال لابيه لان الولد حر الاصل
في حقه فيورث عنه كما لو كان حرا لانه قد قيل الولد وان كان حر الاصل في حق المستولد فهو رقيق
في حق المستحق فلما كان من جانب اعتبار المستولد احق قلنا الولد كان حيا فالمستحق يعزل
من ماله وكان كله للولد فاذا كان الولد احق به في حيوته فليكن الوالد احق به بعد
وفاته لانه خلفه فان قيل وجب ان يكون الارث مشتركا بينهما نظرا للجانبين
لانه حر في حق الاب رقيق في حق المستحق قلنا هو حر الاصل في حق المستحق ايضا وانما

قدرنا الرق في حقه لضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ولو قتله الاب
غرم قيمته لتحقق المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لانه سلم له الولد اذ الدية بدل
المحل شرعا فصار الولد سالما له بسلامتها فيغرم قيمته للمستحق ويضمن المستولد عقر الامة لانه
وطي امة الغير وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر ولا يرجع المستولد بالعقر على البايع
وقال الشافعي يرجع بالعقر كما يرجع بقيمة الولد وثمن الامة ولنا انه انما ضمنه
مقابلا بالملاذ التي استوفاها بالوطي فلا يستوجب الرجوع على الغير بخلاف
ما ذكر لان البايع ضمن سلامة المبيع والاولاد للمشتري ويرجع اذا لم يسلم له
فصل امة بين اثنين جاءت بولدين في بطنين فقال احدهما الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي يثبت نسب
الاصغر من مدعي الاصغر والامة ام ولده صدقه شريكه اولا وعليه نصف عقرها ونصف
قيمتها ولا يضمن شيئا من قيمة الولد والاكبر ابن شريكه ان صدقه لتصادقهما على ذلك
والا فلا فان بدا بشريكه فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر ابني ان صدقه شريكه فالاكبر
منه وهي ام ولده ويثبت نسب الاصغر من مدعي الاصغر والقياس ان لا يصح لانه ادعى
ولد ام ولد الغير لكنا استحسنا وقلنا بانه يصح لانه حين ادعى نسب الاصغر لم تكن
امومية الولد ظاهرا فصار في معنى المغرور فان ولدت في ملكهما لستة اشهر منذ
اشتريا فادعى الولد احدهما والاخر معه معا صحت دعوى مدعي الولد لانه دعوة استيلاد
وبطلت دعوى الاخر لانه دعوى تحرير والاول اولى لانها اسبق لما مر وصارت ام ولده
لان نصيب المستولد لما صار ام ولده صار نصيب الاخر ام ولده ايضا وضمن نصف عقرها
ونصف قيمتها وان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اشتريا والمسألة بحالها صحت دعوتهما
لان كليهما دعوة تحرير والابن حر بغير قيمة لان شريكه زعم انه ولد ابنته وهو حر ولكن
يضمن له شيئا من قيمته ولا عقر له لان الوطي قبل ملك شريكه لانها ولدت لاقل من ستة
اشهر كان العلوق حاصلا لا في ملك شريكه واما الام فهي بنت مدعيها وهي حرة لان هذه
دعوة تحرير ولا عقر عليه لانه يدعي وطي امها لا وطيها ولا يغرم شيئا من قيمتها عند ابي حنيفة
خلافا لهما لان مدعي الولد يزعم انها ام ولده وماليتها غير متقومة عنده خلافا لهما ولو ولدت
لاقل من ستة اشهر بنتا وولدت البنت بنتا فادعى احدهما الكبرى والاخر الصغرى
معا صحتا وثبت نسب كل واحدة فان قيل الحده خطا واحد فيهما بذلك لكن لا يضمن

مدعي الكبرى شيئا من قيمة الكبرى لانها ام ولد وقيمة الجده لانها اخذ احكامه وان ولدت الكبرى لاقل
من ستة اشهر وقد عتق مدعي الصغرى ولي لانها دعوة استيلاد والكبرى ام ولد لهذا الحد ام ولد
الاخر للاقرار بالاستيلاد في ملكه ن عبد في يد رجل اقام رجل البينة انه عبده ولد في ملكه من
امته هذه من عبده هذا او اقام اخر البينة انه عبده ولد في ملكه من امته هذه من عبده هذا قضي
بالعبد لهما اجماعا والنسب يثبت من العبدين والامتين عند ابي حنيفة وعندهما يثبت
من العبدين ولا يثبت من الامتين وكذا قالا في الحرين والحربين لهما ان ولادة ولد واحد من
امراتين مستحيل وله ان الحاجة الى اثبات احكام النسب منهما ولا استحالة في ذلك امة بينهما
كاتباها فوطيها احدهما فولدت فادعاه احدهما فهي مكاتبة لهما كما كانت قبل هذه الدعوى
وصار نصيبه ام ولد ثم لها الخيار ان شاءت عجزت نفسها وكانت كلها ام ولد ويضمن لشريكه
نصف قيمتها ونصف عقرها وان شاءت مضت على الكتابة واخذت عقرها منه واذا ادت
عتقت والولاء لهما عند ابي حنيفة وقالا صارت كلها ام ولد ومكاتبة له بكل البدل
ويغرم لشريكه نصف قيمتها والاصل ان الاستيلاد لا يتجزى عندهما فيجب تكميلها
ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ وعنده يتجزى فيقتصر امومية الولد
على نصيبه لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك اذا ادعى اللقيط رجلان فزعم
احدهما انه ابنه والاخر انه ابنته وهو خنثى فان كان يبول من مبال الغلام فهو لمدعي
الابن وان كان يبول من مبال الجارية فهو لمدعي الابنة وان بال منهما والسبق
احدهما فهو منهما عند ابي حنيفة وقالا يقضي باكثرهما بولا وسنشرحه في كتاب الخنثى
ان شاء الله تعالى ن نعي الى امراة زوجها فاعتدت ونكحت وولدت ثم جاء الزوج الاول
حيا فالولد من الاول كيف كان عند ابي حنيفة لان الولد للفراش والفراش للزوج الاول
لان نكاحه قائم صحيح ونكاح الثاني فاسد والرجحان للصحيح وقال ابو يوسف ان كان
من وقت نكاح الثاني الى وقت الولادة اقل من ستة اشهر فالولد للاول وان
كان اكثر من ستة اشهر فهو من الثاني وقال محمد ان كان من وقت ابتدا وطي الزوج الثاني
الى وقت الولادة اقل من سنتين فالولد من الاول لاحتمال انه من وطي الاول
وان كان اكثر من السنتين فهو من الثاني لتيقننا انه ليس من الاول فجعلناه من الثاني

كتاب الاقرار

الكلام في تفسيره وفي بيان كونه حجة وكيف يكون حجة ومن يجوز اقراره ومن لا يجوز وما يقر به
وما يكون اقرارا وما لا يكون ومن يقر له والاستثناء ونحوه فالاقرار اخبار عن ثبوت حق
للغير على نفسه وليس باثبات الحق وحكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء الا ترى انه لا يصح الاقرار
بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه ولهذا لو اقر لغيره بمال والمقر
له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اذا اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه
بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدا منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق
وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده وانه ملزم على المقر ما اقر به
لوقوعه دليلا على صدق المخبر به قال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على
انفسكم والشهادة على نفسه هو الاقرار وقال تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي
شاهدة بالحق وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا باقراره على نفسه بالزنا
والغامدية باقرارها وقال في حديث العسيف واغد يا انيس الى امراة هذا فان
اعترفت فارجمها فلما جعل الاقرار حجة في الحدود التي تندرئ بالشبهات فلان يكون
حجة في غيرها اولى وعليه اجماع الامة ولانه ان كان مترددا بين الصدق والكذب
في الاصل ولكنه ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف
عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة
بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه
دواعي الى الصدق وزواجر عن الكذب فكان صدقا ظاهرا والصدق يجب قبوله
والعمل به وانه حجة قاصرة بخلاف البينة لانها تصير حجة بالقضا وللقاضي ولاية
عامة فتعدى الى الكل اما الاقرار فلا يفتقر الى القضا وله ولاية على نفسه دون غيره
فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق
على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية واستحقاق الحرية لهؤلاء
فلا يصدق عليهم ن اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق صح مجهولا كان ما اقر به كشيء وحق
ومال او معلوما واشتراط الحرية ليصح اقراره مطلقا اذ العبد المحجور لا يصح اقراره بالمال
وان كان يصح بالحد والقصاص لان اقراره عهد موجبا تعلق الدين برقبته لان
ذمته ضعفت بالرق فانضمت اليها مالية الرقبة وهي ملك المولى فلا يصح اقراره عليه

بخلاف الحدود والقصاص لانه مبقي على اصل الحرية فيهما لانهما من خواص الآدمية وهو فيهما
مبقي على الحرية ولهذا لا يصح اقرار المولى على العبد بالحد والقصاص وبخلاف العبد المأذون
فانه اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب صح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار
لان المولى اذا اذن له فقد رضي بتعلق الدين برقبته وكان مسلطا عليه من جهته والعقل
او البلوغ لان الصبي والمجنون لا يتعلق باقرارهما حكم وهذا لان دلالة الترجيح لظهور الصدق
فيه وظهوره بصدوره عن العقل لانه ظن ما يلاحظ المحاسن ويزجر عن القبائح والصدق حسن
والكذب قبيح فاذا لم يكن المقر عاقلا فقد فات دليل صدقه فلا يكون حجة والصبي لقصور
عقله ملحق بالمجنون فلهذا لا يصح اقراره بدين او غصب او وديعة او عارية او جراحة
او حد او طلاق او عتاق او كتابة الا اذا كان الصبي مأذونا في التجارة فان اقراره
جائز بدين لرجل او وديعة او عارية او مضاربة او غصب لانه التحق بالاذن بالبالغ
لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن
اذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه
فلم يكن تجارة مطلقة والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما
شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة
بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي وكما يصح الاقرار بالمعلوم
يصح بالمجهول لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا
يعلم ارشها لان الواجب في الجراحات ان ينظر حكومة لا يعلم في الحال موجبه او يبقى عليه بقية
حساب لا يحيط به علمه لان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وقد اخبر بهذه الصفة فيثبت
بخلاف الجهالة في المقر له اذا كانت متفاحشة بان قال لهذا العبد لواحد من الناس
لان المجهول لا يصلح مستحقا وان لم يكن بان اقر انه غصب هذا العبد من هذا او من هذا
فانه لا يصح هذا الاقرار عند شمس الائمة السرخسي لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان
فائدته الجبر على البيان ولا يجبر على البيان وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد وفائدته وصول
الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ ويقال له
بين المجهول لان الاجمال وقع من جهته وبيان المجمل على المجمل وصار كما لو اعتق احد عبديه فانه يبين

القاضي

اجبر القاضي على البيان ايصالا للحق الى المستحق فان قال على شيء او حق لزمه ان يبين ما له قيمة لانه وصفه
بالوجوب في ذمته لان على للايجاب والالزام وما لا قيمة له لا يتصف بالوجوب في الذمة وذكر
في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان علي حق ثم قال عنيت به حق الاسلام
لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان مغير باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف
حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية وكذا لو قال غصبت منه شيئا فانه يصح اقراره والحاصل
ان كل تصرف لا يشترط لصحته وحكمه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع
الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع حصول الغصب فان من غصب
من رجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة
ويثبت حكمها وكل تصرف يشترط لصحته وحكمه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار
به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا او اجر
من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا ابتنى لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء وهذا
لان الثابت بالاقرار كالثابت بالمعاينة انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم
هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب منه شيئا مجهولا
او اودعه شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار
بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقر له فاذا بين شيئا ان بين ما هو مال
متقوم وصدقه المقر له فيما بين لوجود الاقرار والتصديق فيه والقول في الزيادة
قول المقر مع حلفه لانه ينكر الزيادة وان كذبه فيما بين وادعى شيئا اخر بطل اقراره
بالتكذيب وكان القول للمقر فيما ادعى عليه وان بين ما ليس بمال ان صدقه المقر له فيما
بين ما يمكن عليه شيء اخر سواء بين ما يقصد بالغصب بان قال غصبت منه امراته او ولدا
صغيرا او ما لا يقصد بالغصب بان قال غصبت منه كفا من تراب او حبة سمسم او بر
وان كذبه وادعى عليه غصب مال متقوم لا يصدق المقر سواء بين ما لا يقصد بالغصب
او ما يقصد بالغصب لان مطلق اسم الغصب ينطلق على اخذ مال متقوم في العرف
فصار كانه قال غصبت مالا ثم بين انه غصب ما ليس بمال فلا يكون مصدقا لانه رجوع
عما اقر به ولو قال لفلان علي مال فالقول قوله في القدر ويقبل في القليل
والكثير لان الكل مال لانه اسم لما يتمول به وذا موجود في الكل الا انه لا يصدق في اقل

ولو عاينا

ولم يدع عليه زيادة ما بين فقط وان ... الزيادة ...

قوله

من درهم لانه لا يعد مالا عادة ولو قال له على مال عظيم من الدراهم لم يصدق في اقل من مائتي
درهم لان النصاب عظيم حتى صار صاحبه به غنيا وهذا قول ابي يوسف ومحمد ورواية
عن ابي حنيفة رح وعنه انه يصدق في عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى تقطع بها العضو وتستباح
به البضع وهذا ادنى نصاب تجب فيه من جنسه وكان ينبغي ان يقدر فيه بخمس لانه يجب
شاة وكان عنها قلنا هو مال عظيم من وجه حتى يجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى لا تجب
فيه من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل
وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من اي فن سماه
تحقيقا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق
في اقل من مائتين لان صاحب الاقل من المائتين مقل حتى لا يلزمه مواساة غيره وصاحب
النصاب مكثر بدليل وجوب مواساة غيره ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه ادنى الجمع المتفق
عليه لما في اصول الفقه ولا غاية لاقصاه فانصرف الى الادنى لتيقنه الا ان يبين اكثر
منها لان اللفظ يحتمله وفيه تغليظ على نفسه وينصرف الى الوزن المعتاد ولان
مطلق الكلام ينصرف الى المعتاد كما مر في البيوع فان ادعى وزنا اقل من ذلك لم
يصدق لانه رجوع ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر لان كذا كناية
عن عدد مجهول فمعناه عددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف واقل عددين ليس بينهما
حرف العطف من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين
لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فوجب
الاقل من المفسر لتيقنه به والاصل في الذمم البراءة ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه
تفسير للمبهم كذا في الهداية وذكر في التتمة وفتاوى القاضي في الدين لو قال كذا دينارا عليه
ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان ولو قال كذا كذا درهما فهو احد عشر
حملا للواحد منهما على التكرار اذ لا نظير له سواه وان قال كذا وكذا درهما فهو احد وعشرون
لانه اقل ما يعبر عنه بلا نية اعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذا نظيره
وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان على للايجاب والالزام وقبلي ينبئ عن الضمان
يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي
هو حجة الدين قبالة ولو قال المقر هي وديعة ووصل صدق لان المضمون عليه

الحفظ والمال محله فيتذكر المحل واراد به ما يحله فاحتمله اللفظ مجازا فيصح موصولا لا
مفصولا وذكر في شرح المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما يقال
ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة ولو قال لا حق لي قبل فلان يكون
ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فانصرف اللفظ اليها والاول مذكور
في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه احرى
واجدر ولو قال عندي او معي او في بيتي او في صندوقي او في كيسي فهو اقرار بالامانة في يده
لان الكل اقرار بكون الشيء في يده وذا يكون امانة ويكون مضمونا والاول اقلهما ولو قال
له رجل لي عليك الف فقال اتزنه او انتقده او اجلني به او قد قضيتكها فهو اقرار
لان الكناية تنصرف الى الالف المذكور وهي الموصوفة بالوجوب فكانه قال اتعد
او اتزن او اجل او قضيت الالف الواجب لك علي حتى لو لم يذكر الكناية بان قال اتزن
ونحوه لا يكون اقرارا لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور ولان التاجيل انما يكون في
حق واجب لانه للترفيه والقضاء يتعقبه يسبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا
يتصور بدونه ودعوى الابراء كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انما يكون فيما هو واجب
عليه وكذا دعوى الصدقة والهبة بان قال تصدقت به علي او وهبته لي لان هذا
دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته لانهما يردان على الدين
الثابت وكذا لو قال احلتك به على فلان لان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون
بدونه ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فاومى براسه بنعم لا يكون اقرارا لان الايماء
من الاخرس قائم مقام الكلام لا من غيره ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين
وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق
في الاقرار بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان استأجره منه فصدقه المقر له
في الملك دون الاجارة بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فصدقه في الاقرار بالدراهم
دون وصف السواد فانه لا يلزمه البيض لان السود نوع في الدراهم لانها لا تنطبع
بلا غش لكن السواد اكثر غشا والاجل في الدين عارض حتى لا يثبت بلا شرط والقول
لمنكر العارض ويستحلف المقر له على الاجل لان المقر يدعي عليه التاجيل وهو ينكره
التاجيل واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم فكلها دراهم وان قال علي مائة وثوب
مثلها

لزمه ثوب والمرجع في تفسير المائة اليه والقياس في مائة ودرهم كذلك وهو قول الشافعي لانه
عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والعطف لم يوضع للبيان فبقي المائة مبهمة فيهما ولنا
ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره مرة
وهذا فيما يكثر استعماله وذا عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذا في المقدرات كالمكيلات
والموزونات لانها تثبت دينا في الذمة سلما وقرضا وثمنا ولذا في جميع المعاملات بخلاف
الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها في الذمة لان الثياب لا تثبت الا
في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة ولو قال مائة وثوبان فهو كقوله مائة وثوب
بخلاف قوله مائة وثلاثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا لانه ذكر عددين مبهمين اعني المائة
والثلاثة واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لانهما استويا في الحاجة الى التفسير ولانها الاثواب
لا تصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد ومن اقر بتمر في قوصرة
لزمه التمر والقوصرة وتفسيره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة وهذا لانه اقر بغصب
التمر بوصف كونه مظروفا وغصب الشيء بوصف كونه مظروفا لا يكون بدون غصب الظرف
وكذا الطعام في السفينة والبر في الجوالق وهذا بخلاف ما لو قال غصبت من قوصرة
لان من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان يبتدئ الغصب من القوصرة ومن اقر بدابة في اصطبل
لزمه الدابة فقط وعلى قياس قول محمد يلزمانه لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عندهما
خلافا له ومثاله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم فله الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشملهما
ومن اقر بسيف لزمه النصل والجفن والحمائل لان الاسم يشمل الكل ومن اقر بحجلة لزمه
العيدان والكسوة لان الاسم ينطلق على الكل عرفا ومن اقر بغصب ثوب في منديل او بغصب ثوب
في ثوب لزماه وان اقر بغصب ثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب والاصل ان من قال غصبت
كذا في كذا فان كان الثاني ما يكون وعاء للاول وظرفا له لزماه نحو ثوب في منديل وثوب
في ثوب وطعام في جوالق وسفينة ونحو ذلك لان في للظرف حقيقة فقد اخبر عن الفعل
فيه وهو مظروف والفعل في المظروف فعل في الظرف وهذا لانه اخبار عن نقله وفعل
المظروف لا يتصور حالة كونه مظروفا الا بنقل ظرفه فصار اقرارا بغصبهما ضرورة وان كان
الثاني مما لا يكون ظرفا ووعاء للاول كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان
الدرهم لا يصلح ظرفا للدرهم فكان المراد به الضرب والدرهم في الدرهم ضربا يكون واحدا

وان كان الثاني مما يحتمل ان يكون ظرفا وان لا يكون ظرفا يحمل على الظرف عند محمد رحمه الله
لانه حقيقة للظرف ومتى امكن حمله على الحقيقة يحمل عليها كما في قوله غصبت ثوبا في عشرة
اثواب فانه يلزمه عند محمد احد عشر ثوبا لان العشرة قد تكون وعاء للثوب الواحد لانه
قد يصان الثوب النفيس في عشرة من الثياب فصار كقوله حنطة في جوالق وعند ابي يوسف
وهو قول ابي حنيفة لم يلزمه الا ثوب واحد لان الثوب الواحد لا يصان في عشرة اثواب
عادة فصار بيانا ان محل المغصوب عشرة اثواب كما لو قال غصبت اكافا على حمار فانه
اقرار بغصب الاكاف فقط وذكر الحمار لبيان المحل وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا
غصب المحل ولان العشرة لا يكون وعاء الا وعاء غير الموعى والثوب اذا لف في اثواب
فكل ثوب يكون موعى فيما وراءه فيكون الوعاء الثوب الذي هو ظاهر فلا يستحق كون العشرة
وعاء للثوب الواحد ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة وعنى الضرب والحساب لزمه خمسة
لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون لانه
الحاصل من ضرب خمسة في خمسة ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ
يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي ولو قال علي من درهم
الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده
وتسقط الغاية الثانية وقالا تلزمه العشرة فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية
ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما
بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت المسائل مع الدلائل في الطلاق ۝

فصل في الاقرار بالحمل وللحمل

ومن اقر بحمل او لحمل وبين سببا صالحا
صح الاقرار والا لا اعلم انه اذا اقر بحمل امة او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها
صحيحا بان اوصى رجل بالحمل لرجل ومات فاقر وارثه بان هذا الحمل لفلان واذا
اقر لحمل فلانة بالف درهم فهذا على ثلاثة اوجه احدها ان بين سببا صالحا بان قال
اوصى له فلان او مات ابوه فورثه او استهلكه فهذا الاقرار صحيح ولزمه المال
لانه بين سببا صالحا لو عاينه لحكم بوجوب المال عليه وكذا اذا ابهم باقراره اذ الاقرار
صدر من الاهل للاهل اذ الجنين اهل لملك المال بالوصية والارث ثم ان جاءت
به حيا في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه بان وضعته لاقل من ستة اشهر

مذ مات المورث والموصي وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا الا ان تكون المرأة
معتدة فحينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده
في البطن حين مات المورث والموصي فان ولدته ميتا فالمال مردود على ورثة الموصي والمورث
لانه اقرار في الحقيقة للمورث والموصي اذ التركة مبقاة على ملك الميت ما لم يصرف الى
وارثه الموصى له ولو ولدت ولدين حيين فالمال بينهما وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى
ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وثانيهما
ان بين سببا مستحيلا بان يقول اقرضني الف درهم او باع مني شيئا بالف درهم فهذا الاقرار
باطل ولا يلزمه شيء اذ المبايعة او الاقراض لا يتصور من الجنين اما حقيقة فظاهر واما
حكما فلانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يصير تصرفه كتصرفه فان قيل هذا رجوع عن الاقرار
والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا لا بل هو بيان سبب يحتمل الرجوع فيقبل منه
وثالثها ان يبهم الاقرار فانه لم يصح عند ابي حنيفة وعند محمد يصح لان هذا اقرار صدر
من الاهل وقد احتمل الصحة لو حمل على الارث والوصية والفساد لو حمل على الاقراض
والمبايعة فيحمل على السبب الصالح تصحيحا لكلام العاقل واعمالا للاقرار الذي هو من الحجج
ولابي يوسف ان هذا اقرار احتمل الجواز والفساد وقد تعذر حمله على الجواز فيحكم بالفساد
وهذا لان للجواز وجهين الوصية والارث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان
يعتبر سببا اولى من الاخر فتعذر الحمل على الجواز فتعين الفساد كما لو اشترى عبدا بالف
ثم باعه من البايع مع عبد اخر بالف وخمسمائة وقيمتهما سواء فان البيع يفسد في الذي
اشتراه من البايع مع عبد وان احتمل الجواز لان للجواز جهتين ان يصرف اليه مثل الثمن او اكثر
والجمع متعذر ولا رجحان لاحدهما على الاخر فحكمنا بالفساد ضرورة بخلاف ما لو اقر
لحمل لان طريق الصحيح متعين بالوصية كما مر

باب الاستثناء وما في معناه

ومن اقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط اي اذا اقر رجل لرجل بدين على انه فيه
بالخيار ثلاثة ايام فالاقرار جائز لوجود الصيغة الملزمة وبطل الخيار لان الاقرار
اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار لان الخبر ان كان صدقا فهو واجب العمل به
اختار او لم يختر وان كان كذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره

وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه ومن اقر بشيء وقال ان شاء الله
متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده
للحكم وعند ابي يوسف تعليق بشرط لا يوقف عليه فكان اعداما من الاصل ولان الاقرار اخبار
والاخبار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا لفوات الشرط وان
كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه ينبئ به انه ليس بايقاع
ما لم يوجد الشرط وكان ينبغي ان يجب المال كما في شرط الخيار الا ان التعليق يدخل
على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الغا الخيار
بقي حكم الاقرار بناء على السبب بخلاف ما لو قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء
راس الشهر او اذا افطر الناس لان هذا ليس من باب التعليق بالشرط بل هو تاجيل الى
الدين ساعة حتى لو انكر المقر له الاجل يكون المال حالا لان موته كائن لا محالة وكذا
مجيء راس الشهر ووقت الفطر ولهذا اول المراد به دخول وقت الفطر لا حقيقة الفطر
حتى لو عنى به حقيقة فعل الفطر ينبغي ان لا يصح اقراره ويستثنى مجانسا متصلا لا مستغرق
اي الاستثناء يجوز اذا كان المستثنى مجانسا للمستثنى منه من حيث التسمية وكان الاستثناء متصلا
غير مستغرق اي لا يكون استثناء الكل من الكل بيانه اذا اقر رجل ان لفلان عليه الف درهم
الا تسعمائة وخمسين درهما صح الاستثناء وعليه خمسون درهما لان الاستثناء تكلم بالباقي
بعد الثنيا فصح اذا بقي بعد المستثنى شيء يجعل الكلام عبارة عنه والباقي وراء المستثنى
خمسون فكان مقرا به بهذه العبارة ولكن لا بد من الاتصال لانه بيان تغيير فيصح بشرط
الوصل لما عرف في اصول الفقه فان كان الاستثناء مفصولا كان رجوعا عن الاقرار
بعد صحته فيبطل وسواء استثنى الاقل او الاكثر وعن ابي يوسف وهو قول مالك
والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر وقد مر في الطلاق وهنا اذا لم يكن مستغرقا فاما
وان كان مستغرقا فالاستثناء باطل بان قال له علي الف درهم الا الف درهم فان الالف
لازم عليه لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء ليصير الكلام عبارة عنه فكان رجوعا
عن الاقرار لا استثناء والرجوع باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا لما
يكون فيه معنى البيان الاول لكلامه والابطال ليس من البيان في شيء ولو قال له
علي الف درهم الا دينارا فالاستثناء جائز ويطرح من الالف قيمة الدينار وهذا

عند ابي حنيفة وابي يوسف والقياس ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر وعلى
هذا الخلاف لو قال الا فلسا او الا كر حنطة او استثنى شيئا مما يكال او مما يوزن او يعد
ولو قال الا شاة او ثوبا او عرضا من العروض بطل الاستثناء عندنا وقال الشافعي يصح
ويطرح قدر قيمة المستثنى لمحمد وزفر ان الاستثناء اخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على
معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في خلاف الجنس والكلام
مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق
المعارضة اي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فصدر
قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس علي فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض لا لاول
كلامه لا لانه تصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة اطبقوا على ان الاستثناء من النفي اثبات
ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يعارض حكم الصدر ولان كلمة
الشهادة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر لكان هذا نفيا للشرك صح
لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان
وقد امكن هنا المجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى
فيصير كالمتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى من ان يكون ايجابا بقوله
تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض
يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم
بالباقي بعد الثنيا فيجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بعد بوضعه واثبات
ونفي باشارته والجنس الاثبات في كلمة التوحيد اشارة والنفي قصدا لانه المقصود اذ
الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلق
السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فنقول انما يصح استثناء
الثوب ونحوه اذا تناوله صدر الكلام ولم يتناوله الصدر نصا ولا للثوب فلم يكن
استثناء بل كلاما مبتدا لبيان انه ليس عليه شيء من الثوب وعدم وجوب الثوب عليه
لا ينافي وجوب الالف عليه والقياس كذلك فيما اذا استثنى مكيلا او موزونا
او معدودا من خلاف جنسه لان الصدر لم يتناوله ولكن ابا حنيفة وابا يوسف استحسنا
وقالا المقدرات جنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة لانها تثبت في الذمة ثمنا

اما الدنانير فظاهر وكذا غيرها لان الكيلي والوزني مبيع باعيانهما ثمن باوصافهما حتى لو عينا تعلق
العقد باعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدنانير ولهذا يستوي الجيد والردي
منهما فكانت في حكم الثمن في الذمة جنسا واحدا معنى والاستثناء اخراج وتكلم بالباقي معنى
لا صورة لانه تكلم بالالف صورة والعدديات التي لا تتفاوت كالمقدرات في ذلك
اما الثوب او الشاة فليسا من جنس المقدرات معنى لانه لا يصلح ثمنا فلم يكن استثناء اخراجا
صورة ولا معنى فكان باطلا فان قلت ان فات المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من
حيث المالية فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها قلت الاثمان مقدرة لما له الاسامي لانها
مقدرة فيصلح ان يكون مقدرة للدراهم المسماة فكانه ذكر العدد وترك المقدر لدلالة
المقدر على المقدر وكان استثناء الدرهم من الدراهم معنى وما لا يصلح ثمنا لا يكون من المقدرات
فلا يصلح مقدرا للدراهم المسماة ولا اعتبار المقدر لكونه مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم
مجهولا فلا يصح الاستثناء لانه استخراج معنى ولم يصح الاستخراج معنى فبطل ولو قال هذه
الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار والبناء لان اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا اذ
الدار اسم لما ادير عليه الحائط من البقعة والبناء يدخل تبعا لا لفظا والاستثناء انما يكون مما
يتناوله الكلام نصا لانه اخراج ما لولاه لكان الكلام متناولا له واستثناء التوابع
باطل لان المعنى الذي لاجله كان يدخل لولا الاستثناء لا يفوت بالاستثناء اذ التبعية
قائمة بعد الاستثناء وهذا كمن قال هذه الامة لفلان الا طرفها فانه باطل والنخلة
في البستان والفص في الخاتم نظير البناء في الدار لانهما يدخلان في البستان والخاتم تبعا
لا لفظا فلا يصح استثناؤهما بخلاف ما لو قال الا ثلثها او الا ربعا منها لانه دخل فيه
لفظا فيصح الاستثناء ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان
العرصة عبارة عن البقعة الخالية عن البناء والشجر فكانه قال بياض هذه الارض
دون البناء لفلان ولو قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض والبناء
لفلان اذ الاقرار بالارض اقرار بالبناء تبعا كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم
من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت
فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك وهذه المسالة على وجوه احدها هذا
وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما كالثابت عيانا

والثاني ان يقول المقر للعبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك غيره (عبداً آخر) وفيه المال لازم على المقر لانه
اقر بوجوب المال عليه عند سلامة العبد له وقد سلم العبد له حين اقر ذو اليد انه ملكه
فيلزمه المال والاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب
بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال والثالث ان يقول العبد عبدك ما بعتك وحكمه
ان لا يلزم المقر شي لانه انما اقر بالمال اذا سلم له العبد ولم يسلم له العبد والرابع ان يقول
العبد عبدي ما بعتكه وانما بعتك غيره وحكمه ان يتحالفا لان كل واحد منهما مدع ومنكر
وهذا لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي على المقر الفا ببيع غيره وهو ينكر
واذا تحالفا انتفى دعوى كل واحد منهما عن صاحبه فلا يقضى عليه بشي من المال والعبد سالم
في يد من هو في يده هذا اذا ذكر عبدا بعينه فان قال من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه ولم يعينه لزمه
الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع عما اقر به
والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا وهذا لانه اقر بوجوب المال عليه نظرا
الى قوله علي اذ هو للالزام وانكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان من عبد
هو غير معين لا يكون واجبا على المشتري الا بعد القبض لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم
المستهلك لانه لا طريق للوصول اليه فانه ما من عبد يحضره الا وللمشتري ان يقول المبيع
غير هذا او تسليم الثمن لا يجب الا باحضار المبيع فعلم انه في حكم المستهلك فكانه اقر بالقبض
ثم رجع عنه وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شي وان فصل لم يصدق
اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه ثمن العبد فالقول قول المقر انه لم
يقبض لان قوله له علي الف درهم اقرار بوجوب المال عليه وقوله من ثمن عبد اشتريته
بيان لسبب الوجوب واذا صدقه المقر له في هذا السبب ثبت السبب بتصادقهما
ثم وجوب المال بهذا السبب انما يتاكد بالقبض والمقر ينكره فجعلنا القول قوله في انكار
القبض وان كذبه في السبب وكان هذا من المقر بيانا مغيرا لمقتضى اول الكلام لان
مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا في الحال ولكن على احتمال ان يكون مطالبا به حتى
يحضر العبد وبيان التغيير يصح موصولا ولا يصح مفصولا ولو قال ابتعت منه شيئا بالف
درهم الا اني لم اقبضه فالقول له بالاجماع لانه اقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون
اقرارا بالقبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن وكذا لو قال لفلان علي الف درهم

من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع
فثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه يدل على الوجوب والرجوع
لا يعمل وصل ام فصل وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزمه شي لانه بين باخر كلامه انه
اراد به الابطال دون التحقيق اذ الكلام يتم باخره فصار كما لو قال في اخر كلامه ان شاء الله
تعالى قلنا هذا ابطال والابطال لا يكون بيانا فلا يصح وان كان موصولا وقوله ان شاء الله
تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولا ولو قال له علي
الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة او ستوقة
او رصاص او قال الا انها زيوف او قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع
وقال المقر له جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة وصل ام فصل وقالا ان وصل صدق وان
فصل لا يصدق لانه بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء والتعليق وهذا لان
الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم الا ان مطلق الدراهم يتناول
الجياد ولان بياعات الناس تكون بالجياد فكان مغيرا للاصل فلذلك شرط الوصل وكذا الستوقة
تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فيصح وكما لو قال الا انها وزن صادح
خمسة او ستة ونقله بدراهم وزن سبعة صدق ان وصل وله ان هذا رجوع عما اقر به لانه دعوى
امر عارض فلا يقبل وان وصل كقوله له علي الف من ثمن مبيع الى شهر فانه دعوى الاجل لا
يقبل منه وهذا لان الدراهم المطلقة جياد والزيافة عيب ومطلق العقد يقتضي في الدراهم
السلامة عن العيب فاذا ادعى انها زيوف فقد اراد ابطال ما هو المستحق بالعقد
فلا يصدق وان وصل كما لو ادعى البايع ان بالمبيع عيبا وقد كان المشتري عالما به لم يقبل
قوله في ذلك اذا انكر المشتري والستوقة ليست بثمن وهو اقر بالثمن فكان رجوعا
بخلاف قوله الا انها وزن خمسة لانه ليس بيانا للعيب بل هو استثناء بعض المقدار لان
اول كلامه يتناول القدر واستثناء الملفوظ صحيح بخلاف الجودة لان استثناء الوصف
لا يصح كالبناء في الدار لان الصفة ليست ملفوظا وله اسم الدراهم حتى يستثنى وانما يثبت
صفة الجودة بمقتضى مطلق العقد وبخلاف ما لو قال له علي كر بر من ثمن مبيع او قرض
ثم قال هو ردي فالقول قوله في ذلك وصل ام فصل لان الرداءة ليست بعيب في
البر اذ العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والبر قد يكون رديا في اصل الخلقة فكان

نوعا وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع فلم يكن في هذا تغيير موجب كلامه فيصح موصولا
ومفصولا وعن ابي حنيفة انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يتم بالقبض في الاصل صح
فاشبه الغصب فيصح دعوى الزيافة وجه ظاهر الرواية ان الاستقراض تعامل بين
الناس كالبيع وذلك يكون في الجياد عادة فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم
زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق اجماعا اذا وصل لان صفة الجودة انما تصير مستحقة
بمقتضى عقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة عليه
وقيل هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام بطريق التجارة لا ح
لكونها المشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة ثم ادعى الزيافة
وعند زفر يبطل اقراره اذا قال المقر له هي جياد لانه رد اقراره بالزيوف فبطل وادعى عليه
الجياد وهو ينكر ولنا انهما تصادقا على الاصل وان اقر بالمال غصبا او وديعة ثم قال هي زيوف
او نبهرجة صدق وصل ام فصل لانه ليس للغصب والوديعة موجب في الجياد دون
الزيوف والغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما يحتاج الى الحفظ فلم يكن قوله
هي زيوف تغييرا لاول كلامه بل هو بيان النوع فيصح موصولا ومفصولا ولهذا لو جاء راد
المغصوب او الوديعة بالمعيب كان القول له لان الاختلاف متى وقع في المقبوض
كان القول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه اذا قال غصبت الفا ثم
قال هي زيوف لا يصدق اذا فصل كما في القرض لان المستقرض والمغصوب مضمونان
بالمثل ولو قال في الوديعة والغصب الا انها ستوقة او رصاص فان وصل صدق وان
فصل لا يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز التجوز بها في الصرف
والسلم ولكن الاسم يتناولها مجازا فكان من جنس بيان التغيير فيصح موصولا لا مفصولا بخلاف
الزيوف لانها دراهم معيبة فلا يكون تغييرا وان قال لفلان علي الف درهم من ثمن متاع
او قال اقرضني فلان الف درهم او قال اودعني او قال غصبت الف درهم ثم قال الا انه ينقص
كذا صدق ان وصل والا لا لانه استثناء فيصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف
واللفظ يتناول المقدار دون الاوصاف والاستثناء تصرف لفظي فيصح في الملفوظ لا
في غيره ولو كان الفصل لضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لانه لا يمكن الاحتراز عنه
ومن اقر بغصب ثوب وجاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم

رجل قال لآخر اخذت منك الفا وديعة فهلكت وقال صاحب المال لا بل اخذتها غصبا
ضمن المقر لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ اذ اخذ مال الغير سبب الضمان لقوله عليه
السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر
ينكر فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر وان كان الآخر ينكل الخصم
عن اليمين وان قال اعطيتني الف درهم وديعة فهلكت وقال صاحب المال بل اخذتها
غصبا لم يضمن المقر لانه ما اقر بسبب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون
سبب الضمان على المقر الا انه يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول للمنكر
مع اليمين الا ان ينكل المقر عن اليمين فحينئذ يلزمه المال والقبض في هذا كالاخذ والدفع
كالاعطاء فان قيل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فكان مقرا بالقبض
قلنا قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه وان اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة
فلا يظهر في انعقاد سبب الضمان لان الثابت ضرورة عدم في غير موضعها وهذا
بخلاف ما لو قال اخذتها منك وديعة وقال لا بل اخذتها قرضا حيث يكون القول
للمقر وان اقر بالاخذ لانهما اتفقا على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي
عليه سبب الضمان والمقر ينكر فكان القول للمنكر رجل قال هذه الالف كانت
وديعة لي عند فلان فاخذتها منه فقال فلان كذبت وهي لي فانه يأخذها منه
لان المقر اقر باليد لفلان واقر بالاخذ منه والسبيل في الاخذ الرد على المأخوذ منه
وان قال آجرت او اعرت بعيري هذا فلانا فركبه ورده علي او قال آجرت او اعرت
ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده علي وقال فلان كذبت بل الثوب والدابة لي
فالقول للمقر عند ابي حنيفة وقالا القول للذي اخذ منه الدابة والثوب وعلى هذا
الخلاف لو قال اسكنت فلانا بيتي هذا ثم اخرجته ولو ادعى ذلك ان البيت له فالقول
للمقر وعلى الآخر البينة عنده وعندهما القول لمن يدعي ملكه ولو قال خاط فلان
ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف آمو ح
في الصحيح وجه قولهما وهو القياس لان المقر اقر باليد لفلان ثم ادعى عليه الاستحقاق
فوجب عليه الرد كما في الوديعة وله ان الاقرار بالاعارة والاجارة لا يكون
اقرارا باليد للمستعير والمستأجر قصدا لان اليد فيهما ضرورة استيفاء المنفعة

فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر لان الناس يعتبرون عدم فيما وراءها اما الايداع فاثبات لليد
قصدًا فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فيظهر في حق الاستحقاق
على المقر ولا كذلك في الاجارة والاعارة والاسكان لان اقراره باليد ثابتة من جهته فكان القول
قوله في كيفيته بخلاف الوديعة فانه قال ثم كان وديعة وقد يكون بلا صنعه بان هبت الريح
والقت في داره شيئا حتى اذا قال اودعتها فهو على هذا الخلاف وذكر القمي في الفرق
انه قال في مسئلة الوديعة فاخذتها منه لزمه جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وهنا قال فردها
علي فافترقا لافتراقهما في الوضع وهذا ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في موضع الخلاف الاخر
في كتاب الاقرار ايضا وهذا خلاف ما لو قال قبضت من فلان الف درهم كان لي عليه او
اقرضته الفا ثم اخذته منه وانكر المقر له فالقول للمقر له لان الديون تقضى بامثالها
فيصير مضمونا فكان مقرا بقبض مال الغير وهو سبب الضمان ثم ادعى ما يبريه عنه
وهو المقاصة والاخر ينكر فكان القول للمنكر وهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة
ونحوها فوضح الفرق ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس
هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعى المقر له انها له وقال المقر ذلك لي وانما
استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لظهور يده في الحال ولم يقر بانه
كان في يد المقر له قبل وانما اقر بمجرد فعله فيه وذا لا يدل على اليد لان العمل قد يكون
من المعين والاجير والعين في يد صاحبها وصار كما لو قال خاط لي الخياط قميصي هذا
بنصف درهم ولم يقل قبضته منه وقال الخياط هو لي فان القول للمقر لانه ما اقر
بثبوت اليد للخياط لجواز ان يخيط الخياط في دار رب الثوب فلا يثبت يد الخياط
عليه فلا يلزمه

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه
باسباب معلومة تقدم دين الصحة والديون المعروفة الاسباب على ما اقر في مرضه
وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب
وفي محله فيستويان في الوجوب وهذا لان محل الوجوب الذمة وهي في الحالين سواء
وسبب الوجوب في الحالين الاقرار وصحته لصدوره عن عقل ودين لانهما يدعوانه الى
الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف بين الصحة والمرض بل بالمرض يزداد جهة

رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في الماضي والاحتراز عن الكذب
في هذه الحالة اكثر فكان جهة القبول الاقرار فيه اوفر واذا استويا وجوبا استويا استيفاء كما لو اشترى
شيئا بمعاينة الشهود او تزوج امرأة على الف وهو مهر مثلها ولنا ان المريض محجور عن الاقرار بالدين
ما لم يفرغ عن دين الصحة فلا يزاحم الدين الثابت باقرار المحجور الدين الثابت بلا حجر لان الثابت بتصرف
المحجور غير ثابت في حق من ثبت الحجر عليه كعبد ماذون اقر بالدين ثم اقر بالدين الثابت بعد الحجر لان
الثاني لا يزاحم الاول وهذا لان بسبب المرض يلحقه الحجر عليه لتعلق حق الورثة والغرماء بماله
حتى لا يجوز تبرعه بشيء اذا كان الدين محيطا وفيما زاد على الثلث اذا لم يكن عليه دين لتعلق حق
الورثة بماله فلو لم يتعلق حق الغرماء بماله لما حجر عن التبرع لان الانسان لا يحجر عن التبرع بماله مع
قيام اهليته فيستدل بقيام الحجر على قيام التعلق بماله ولما ثبت التعلق صار محجورا عن تصرف
يبطل حقهم كما لو رهن ماله او اجر ثم اقر به لغيره فانه لا ينفذ في حق المرتهن والمستاجر والاقرار يبطل
فلم ينفذ في حقهم كالهبة بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وحقهم انما يثبت
في ما يفضل عن حوائجه الاصلية فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج قلنا النكاح في الوضع من الحوائج
الاصلية والعبرة لاصل الوضع لا للحال وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء يتعلق
بالمالية لا بالصورة وما وصل اليه يقابلته ما يتعلق به حق الغرماء فلم يكن في تصرفه ابطال شيء
من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل فان قيل ينبغي ان لا
يصح اقراره في حال الصحة لو كان عليه دين لما مر ان الدين يتعلق بماله قلنا لم يتعلق
الدين في حال الصحة بالمال لقدرته على الاكتساب فيحصل الثمرة فلم يقع الحاجة الى تعلق حق
الغرماء بماله والمريض عاجز عن الاكتساب فيتعين ما في يده لحق الغرماء ولانه في حال الصحة
يحتاج الى التصرفات بخلاف حالة المرض فيتوقف التعلق فيفضي الى الحرج ولا كذلك
هنا ولانه حالة يظهر فيها آثار الموت وسببه فالحقت بحالة الموت فيتعلق حق الغرماء
بماله كما في حالة الموت حقيقة ولا يلزم انه اذا اقر المريض بدين ثم بدين فانهما استويا
والحجر لا يمنع بالاول عن الثاني لان الحجر انما يثبت عند الموت ثم يستند الى اول
المرض فصار جميعا بعد الحجر فاستويا كانهما وجدا معا في حالة واحدة لان الكل حالة
الحجر والتقدم والتاخير لا يكون في الحالة الواحدة واذا استوى الاقراران فيستوي موجبهما
بخلاف حالتي الصحة والمرض لان حالة الصحة حالة الاطلاق وحالة المرض حالة الحجر فلم

يستويا فلا يسوي بين موجبهما وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تتمكن فيها التهمة اذ المعاين
لا مرد له فصار كالدين الثابت بالبينة في مرضه وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه
وعلم بوجوبه بغير اقراره او تزوج امراة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا تقدم احدهما على
الاخر لما مر ولو اقر بعين في يده لاخر وعليه دين الصحة لم يصح في حق غرماء الصحة لان حقهم تعلق
به فكان اقراره مبطلا لذلك التعلق فلا يصح ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون
البعض خلافا للشافعي لان حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت سواء فكان ايثار
البعض على البعض ابطالا لحق الباقين فلا يجوز وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء لتعلق
حق الكل بماله ولو استقرض في مرضه الفا وقبض او اشترى شيئا بمثل قيمته وقبضه ثم قضى
العوض او نقد ثمن ما اشترى فان ذلك يجوز على الغرماء اذا علم بسببه لان هذا ليس بايثار
ولا بابطال للحق لانه حصل مثل ما نقد وحق الغرماء متعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا
حصل له مثله معنى لم يعد ذلك تفويتا فاذا قضيت الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف اليها
اقر به في حال المرض لان اقراره انما رد لحق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته لزوال
المانع وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لا يؤدي الى ابطال حق الغير وكان المقر
له اولى من الورثة لتاخر الارث عن الدين والوصية بالنص وقال عمر رضي الله عنه اذا اقر
المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن
حاجته وقضاء الدين من الحوائج الاصلية الا ترى انه تقدم التجهيز والتكفين على حق الورثة
ولا يجوز اقرار المريض لوارثه بدين او عين الا ان يصدقه فيه بقية الورثة عندنا وقال الشافعي
يجوز اعتبارا بحالة الصحة وهذا لان الاقرار اخبار عن حق لازم عليه وحال المرض ادل على
الصدق لانه حال التدارك للحقوق فلا يجوز ان يحجر عن الاقرار به فصار كالاقرار
بوارث اخر اذ كل واحد من الاقرارين اضرار بالوارث المعروف وكالاقرار باستهلاك وديعة
معروفة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه
اثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فرد كما لو اوصى له بشيء من ماله وهذا
لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور امارات الموت فيه والظاهر ان الانسان
لا يحتاج الى ماله لانتهاء امله عند اقباله على الاخرة فظهر عند استغنائه به حق اقربائه
ولهذا امتنع من التبرع على وارثه اصلا فلو لم يظهر تعلق حق الغير به لما حجر عن التبرع بما

فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين ولا يلزم انه يصح اقراره للاجنبي وكما يثبت التعلق
للوارث في حق وارث اخر يثبت للوارث في حق الاجنبي حتى لا يصح تبرع المريض بما زاد على الثلث
لحق الوارث لان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لانه لو ظهر في حقه لانحجر عن الاقرار له في
المرض ولو انحجر عن الاقرار للاجنبي في المرض لامتنع الاجنبي عن المعاملة والمبايعة معه في الصحة
فتحصل مصلحته بخلاف الوارث لان المبايعة معه نادرة بالنسبة الى الاجانب ولم يظهر
في حق الاقرار بوارث اخر لان الاقرار بالنسب من حوائجه كيلا يضيع ماؤه فكان مقدما على حق
ورثته وهذا الحجر لحق الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوا حقهم فنفذ اقراره كما لو اجازوا
وصيته فان قيل لو اقر لامراته بمهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء
الصحة به قلنا لانه لا تهمة في اقراره لوجوب قدر مهر المثل بحكم صحة النكاح لا باقراره
الا ترى ان عند المنازعة يجعل القول قولها الى قدر مهر مثلها ولهذا لو اقر لها بزيادة على
مهر مثلها بطلت الزيادة لان وجوبها باعتبار اقراره وهو متهم في حقها لانها من ورثته
وكذا لو اقرت بقبض مهرها في مرضها من زوجها لم يصدق لانه اقرار باستيفاء الدين من
وارثها واقرار المريض باستيفاء الدين من وارثه باطل وان اقر المريض بدين لاجنبي صح
وان احاط بماله والقياس ان لا يصح اقراره الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث
وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث ولهذا الاقرار
وجب ان لا ينفذ الا فيه ولكنا تركنا القياس باثر ابن عمر فانه قال اذا اقر الرجل في
مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله ولانه لما صح اقراره
في الثلث لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر بقي ان ذلك القدر ليس من جملة
ماله فصح في ثلث ما بقي لانه الثلث بعد الدين ثم الى ان يصح في الاقرار على الكل
ولو اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها
لم يبطل اقراره لها وعند زفر يبطل هذا الاقرار ايضا للتهمة ولنا انه اقر ليس بينهما
سبب التهمة فلا يبطل بسبب حدث بعده بخلاف المسالة الاولى لان دعوة
النسب تستند الى زمان العلوق فظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار فلا يصح
اما الزوجية فتقتصر على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان لزوجته وبخلاف ما لو وهب
لها هبة او اوصى لها بوصية ثم تزوجها فانها تبطل لان ذلك تمليك بعد الموت وهي

وارثه حينئذ ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه
لقيام التهمة ببقاء العدة وباب الاقرار كان منسدا لبقاء الزوجية فربما اقدم على الطلاق
ليصح اقراره لها بزيادة على ارثها ولا تهمة في اقلهما فيثبت ۞ فصل ومن اقر
بغلام ليس له نسب معروف ويولد مثله لمثله انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان
كان مريضا لان النسب يلزمه خاصة فلا مانع من صحة اقراره به وشرطه ان لا يكون له نسب
معروف لان ذلك يمنع ثبوت نسبه من الغير وان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا
ظاهرا وان يصدقه الغلام لان المسألة في غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه
في يد نفسه اما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يعتبر تصديقه ولا يمنع المرض
صحة هذه الدعوى لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح بمهر المثل ويشارك
الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشاركهم فيه ويجوز
اقرار الرجل بالولد والوالدين بالشرائط التي بينا والزوجة والمولى لان موجب الاقرار
يثبت فيما بينهما بتصادقهما وليس فيه حمل النسب على الغير والشرط ان تكون المرأة خالية عن
نكاح الغير وعدته وان لا تكون تحته اختها ولا اربع سواها ولا فرق بين ولاء الاعلى
والاسفل اذ المراد المعتق ولا من جهة الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما مر في
جانبه فاما اذا اقرت بالولد فلا يقبل لان فيه حمل النسب على الزوج اذ النسب منه قال الله
تعالى ادعوهم لآبائهم الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بالولادة قابلة لان شهادة
القابلة في هذا مقبولة وقد فصلنا اقرار المرأة في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء
لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم ويصح التصديق في النسب
بعد موت المقر لبقاء النسب بعد الموت وان اقر بنكاحها ومات فصدقته بعد موته
يصح حتى يكون لها المهر والارث وان اقرت بنكاح رجل وماتت فصدقها الزوج لم يصح
تصديقه عند ابي حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح بعلائقه حتى يجوز له ان يتزوج اختها
واربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار
وعندهما يصح تصديقه بعد موتها وعليه مهرها وله ميراثه منها لان الاقرار بالنكاح
لا يبطل بالموت بدليل جانبه ولنا ان علائق النكاح تبقى بعد موته لانه مالك فبقي ملكه
الى انقضاء العدة ولهذا حل لها ان تغسله فاعتبر تصديقها بخلاف جانبها لانها مملوكه

وزاحم عليها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم زمان الاقرار والتصديق اذا استند صح
الى زمان الاقرار وتلك الحالة ليست بحالة جريان الارث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار
ارث سيحدث وان اقر باخ او عم او جد او ابن ابن لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب
على الغير فان ادعى ارثا او نفقة او حضانة يعتبر في حقها فان كان للمقر وارث معروف
قريب او بعيد فهو احق بالارث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة والخالة لانه
لم يثبت نسبه فلا يزاحم الوارث المعروف ولا يكون له الملك بالوصية لانه ما اوجبه وصية
وانما اوجبه ارثا وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية على ماله وقد جعل
ماله له الا ترى ان له ان يوصي بكله فيستحق كل المال وان لم يثبت نسبه منه وهذا ليس
بوصية حقيقة حتى لو اقر باخ ثم اوصى لآخر بكل ماله فللموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية
لاشتركا نصفين لكنه في معنى الوصية حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر
وراثته ثم اوصى بكل ماله لآخر ومات ولا وارث له فكل ماله للموصى له بكل المال ولا شيء
للمقر له ولو لم يوص لاحد وقد جحد ما اقر به فماله لبيت المال لان الرجوع صحيح بمنزلة الرجوع
عن الوصية لعدم ثبوت النسب فيبطل اقراره ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه
لما مر ويشاركه في الارث لان معنى اقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه
وشركته في الارث وله فيه ولاية فيثبت ما له فيه ولاية ولا يثبت ما لا ولاية له فيه كمن
اشترى عبدا واقر ان البائع كان اعتقه نفذ اقراره فيه بالعتق ولا يعتبر في حق الرجوع
بالثمن على البائع فلو اقر باخ وجحده اخوه اعطى نصف ما وجد وعند مالك ثلث ما وجد
ولو اقر باخت وانكره اخوه اعطى ثلث ما وجد وعنده خمس ما وجد ولو اقر بابن وبنت باخ
وكذبه اخوه ففي الابن والبنت نصيب المقر بينهم اخماسا وعندهما ارباعا ومن مات وترك
ابنين وله على رجل الف درهم فاقر احد الابنين ان اباه قبض منه نصفه وكذبه
الاخر فلا شيء للمقر وللمكذب نصفه لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين على الميت لان
قبض الميت انما يكون بقبض مضمون حتى يصير دينا فيتقاصان فاذا كذبه اخوه استغرق
الدين نصيبه عندنا خلافا للشافعي لانه اقر بالدين وهو مقدم على الارث فلما لم يقبض جميع الدين
لا يكون له من الميراث شيء ولا يرجع المقر على اخيه بنصف ما قبض وان تصادقا على ان

المقبوض مشترك بينهما لانه لو رجع على اخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم على المقر فبعد ذلك لا سقاط
المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور وان
اقر احدهما ان الميت كان قبض كل الالف وكذبه الاخر وقد ترك الميت الفا اخرى واقتسماه
رجع المكذب على الغريم بنصفه بعد ان يحلف المكذب بالله ما يعلم ان الميت قبض الكل فان نكل
برئ الغريم عن كل الدين بخلاف الاول لان الغريم هناك يدعي البراءة عن خمسمائة وقد جعل له البراءة
عن خمسمائة باقرار المصدق فلا يحلف المكذب لحق الغريم وهنا الغريم يدعي البراءة عن الالف وقد
برئ عن خمسمائة ورجع الغريم على الابن المقر بنصف الالف الذي اخذه من تركة ابيه لان من
زعمه ان الميت قبض كل الالف وصار ذلك دينا عليه وبطلت المقاصة فيما قبض الابن
المكذب وبقيت خمسمائة دينا على الميت والدين مقدم على الارث وان كانت وترك ثلاثة
بنين وله على احدهم الف درهم فاقر في مرضه بقبضه وصدقه الابن الغريم واخ وكذبه الثالث
برئ الابن الغريم من ثلثه بثلثه ويلزمه ثلث المصدق وغرم ثلث المنكر لان الاقرار بالاستيفاء
اقرار بالدين للوارث وهو وصية فيصح في حق من صدقه واجازه لا في حق من كذبه وان ترك
الميت الفا اخرى فتقسموا بينهم اثلاثا الثلث للمكذب وبقي الثلثان للمصدق والغريم فما اخذ
الابن الغريم لما حكم دينه بتصادقهما ان قدر الثلث صار دينا على الميت لبطلان المقاصة
فيه حيث اخذ المكذب من الغريم قدر الثلث والدين مقدم على الارث بقي ثلث اخر يقسم بينهما
نصفين ولو اقر في مرضه انه باع عبده في صحته من ابنه فلان وقبض ثمنه وانفقه في حاجته
وسلم العبد اليه ثم اودعه اليه ثم مات وصدقه الابن المقر له واخ وكذبه الثالث بطل
في ثلث المكذب عنده خلافا لهما وصح في ثلثيه وخير لتفرق الصفقة عليه وهذا لانه متهم
في اسناد البيع الى حال الصحة فيجعل كانه انشأ البيع في المرض فان اعطى اخذ ثلثه ورجع
بثلث الثمن في نصيب نفسه ونصيب المصدق من التركة لتصادقهما ان ذلك القدر صار
دينا له على الميت باستحقاق ثلث العبد عليه والدين مقدم على الارث وان فسخ صار
العبد بينهم اثلاثا ورجع المقر له بكل الثمن في نصيبه ونصيب المصدق من العبد ومن مال
اخر ان كان للميت مال اخر لتصادقهما على صيرورة ذلك دينا على الميت وعندهما لا ينقض
البيع في شيء من العبد ولكن يدفع ثلث الثمن الى المكذب لان اقرار المريض باستيفاء الثمن
ليس في حق المكذب ۵

المتفرقات

الاصل ان الكلام اذا وجد نفاذا
على المتكلم ينفذ عليه وان تعذر تنفيذه توقف على الامكان والنسب لا يحتمل الشركة لان
انخلاق الولد من ماء الرجلين ممتنع وفيما اذا ادعيا معا الاب احدهما حقيقة ولكن لعدم رجحان
احدهما على الاخر اضيف اليهما في حق الاحكام والتدبير والاستيلاد يحتملان الشركة قال
احد سيدي طفل لا يعبر عن نفسه هو ابني وابنك ووصل او عكس او ابنا ثبت نسبه من المقر
صدقه شريكه او كذبه لانه لما قال هو ابني ثبت نسبه منه لعدم المانع من النفاذ وقيام
الولاية عليه وبطل اخر كلامه لان النسب لا يحتمل الشركة ولما بطل اخر كلامه استوى تصديقه
وتكذيبه وكذا اذا قال هو ابننا وكذا اذا عكس لانه ذكر في اخر كلامه ما يغير اوله
فيجعل الكل كلاما واحدا كما في الشرط وصار كانه قال هو ابنيا فيثبت النسب منه ولا
يثبت من الاخر وكذا لو فصل بالسكوت وبدأ بنفسه وهذا ظاهر ولو بدأ بشريكه وقال
شريكه ابني وابنك او ابننا ثبت من شريكه وان كذبه شريكه لا يثبت من احد عنده
وعندهما يثبت من المقر واصله انه اذا اقر بنسب ولد امته من عبده وكذبه العبد ثم ادعى
لنفسه لا يصح عنده خلافا لهما وقد مرت وكذا ان كان يعبر عن نفسه واقر بالرق لان قول الرقيق
لا يعتبر وان لم يقر به فلا بد من تصديقه فان صدقهما او صدق المقر ثبت النسب من
المقر اما اذا صدق المقر فظاهر وكذا ان صدقهما لان اقراره سابق فلحق التصديق
بالاقرار وان صدق شريكه توقف على تصديقه لان نسب الحر من الحر لا يثبت الا بتصادقهما
لما مر ولم يسمع ولم يفض الميراث ثبت نسبه منه وصدقه شريكه لتصادقهما على انه حر الاصل
وصار كعبد ادعاه احد سيديه انه ابنه ثم شهد باعتاق شريكه قبل ان يدعيه وصدقه صاحبه
فانه لا ضمان ولا سعاية فيه وان كذبه شريكه في النسب له ولنفسه صار كعبد حرر احد
سيديه وحكمه قد مر قال احد سيدي امة هي ام ولدي وقال الاخر لست اعتقها املاك
يدعي ضمان المستولد نصف قيمتها لشريكه لان اقراره بامية الولد نفذ وصار متملكا نصيب
صاحبه بالضمان وان قال حررت انا وانت او انت وانا او حررناها او قال هي ام ولدي وام
ولدك او ام ولدك وام ولدي او ام ولدنا او قال دبرتها انا وانت او انا وانت وانا
او دبرناها فان صدقه شريكه فهي حرة او ام ولد او مدبرة لهما وان كذبه شريكه فهي كما
حررها او استولدها او دبرها احدهما وقد عرف ۵ حرة اقرت بدين ولها زوج
فكذبها زوجها صح في حق الزوج فلا يحبس ولا يلازم لان فيه منع الرجوع عن غشيانها

عندي ولا يمنعها
بالاشتهار
المسلمة وعندهما
حق الزوج

واقرارها لا يصح فيما يرجع الى ابطال حق الزوج مجهولة النسب اقرت بالرق ولها زوج واولاد
من الزوج وكذبها زوجها صح في حقها دون حقه وحق الزوج وحق الولد الا ان يعلق ولد
بعد الاقرار فانه يكون رقيقا عندابي يوسف لانه حكم برقها وولد الرقيقة رقيق وقال محمد هو
حر لان زوجها بشرط حرية اولادها منها فلا تصدق على ابطال هذا الحق فلو اقرت
قبل شهرين بعد المدة وان اقرت بعد مضي شهرين فاربعة والاصل انه متى امكنه تدارك
ما خاف فوته باقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لان فوات حقه مضاف الى تقصيره وان لم
يمكنه التدارك لا يصح الاقرار في حقه فاذا اقرت بعد شهر امكن للزوج التدارك في شهر
بعده فلم يتدارك بطل حقه وان اقرت بعد شهرين لا يمكنه التدارك وكذا في الطلاق والعدة
حتى لو طلقها ثنتين ثم اقرت يملك الثالثة ولو اقرت قبل الطلاق تبين بثنتين
ولو مضت من عدتها حيضتان ثم اقرت يملك الرجعة ولو مضت حيضة ثم اقرت بين حيضتين
والاصل امكان التدارك وعدمه ولو قال لها طلقي نفسك ثنتين او قال لاجنبي طلقها ثنتين
ان شئت او قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق ثنتين فاقرت فوقعتا له الرجعة
لان التدارك ليس في يده بخلاف الوكيل بطلقتين لامكان التدارك بالعزل وان جني
عليها فارش الامة للمقرلة لانه لا حق للزوج في اطرافها وان جنت حكم المقر له بين الدفع والفداء
لانه لا ضرر للزوج في ذلك فانه لا يكون للمدفوع اليه ان يقبضها من يد الزوج كما لم يكن ذلك
للمقر له مجهول النسب اذا حرر عبده ثم اقر بالرق لانسان وصدقه المقر له صح في حقه حتى
صار رقيقا له ولا يصح في ابطال العتق حتى بقي معتقه حرا فان مات المعتق فارثه لوارثه
لانه مكذب في زعمه فان لم يكن له وارث فللمقر له لانه المقر وقد اقر للمقر له فان مات المقر
ثم المعتق فارثه لعصبة المقر لانه لما مات انتقل الولاء اليهم بخلاف ما لو كان حيا لان
الاستحقاق له وقد اقر للمقر له واذا جنى المعتق سعى في جنايته لانه لا عاقلة له وان جني
عليه يجب ارش العبد لان الظاهر لا يصلح للالزام مات عن ثلثة اعبد قيمة كل واحد
ثلثمائة لا مال له غيرهم وترك ابنا لا وارث له غيره فقال الابن اعتق ابي في مرضه هذا
وهذا او هذا عتق ثلث كل واحد وسعى في ثلثيه لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ
الجمع اذا ذكر في اخره ما يغير اوله موصولا وقد ذكر في اخره ما يغير اوله وهو كل العتق
للاول الآخر انه لو اقتصر عليه يسلم كل الرقبة للاول فانه قال اعتق ابي هولاء في مرضه

ثم يعتق من كل واحد ثلثه مجانا ويسعى في ثلثي قيمته كذا هنا ولو مات واحد يعتق كل واحد من الباقين
ثلثه اربا عه لان الاصل ان المال متى كان مشتركا فما ذهب يذهب على الشركة وما بقي يبقى على الشركة
وحق الوارث في ستة وحق الباقين في سهمين فيعتق من كل واحد منهم ربعه ويسعى في الباقي
وان مات اثنان يسعى الباقي في ستة اسباعه لان حقه في سهم وحق الوارث في ستة ولو
سكت بين كل اقرار عتق كل الاول لانه الثلث ولا مزاحم له ونصف الثاني لانه اقر ان الثلث
بينهما نصفان الا ان الرجوع عن الاول لا يصح وثلث الثالث لاقراره ان الثلث بينهم اثلاثا
ولا يعتبر موت الاول حكم الباقين لانه عتق كله بلا سعاية فان مات الاوسط عتق من
الثالث مائة وسبعون درهما واربعة اسباع درهم من قيمته ويسعى في الباقي لان جملة
مال الميت خمسمائة وخمسون درهما وذلك كل العبد الثالث لانه باق وقيمة ثلثمائة
وثلثا العبد الاول وقيمته مائتان وسدس العبد الثالث وقيمته خمسون لانه يقول
للوارث ملك الميت ثلثي الاول بالاقرار له والعبد سدسا بالاقرار للثاني فكانا فالسهم
تقديرا وحق العبد الثاني في سهم وحق الوارث في ستة فيقسم خمسمائة وخمسون على سبعة
سبعه للعبد الثاني وهو ثمانية وسبعون واربعة اسباع درهم ويسعى للوارث الى تمام
قيمته وذا مائتان واحد وعشرون درهما وثلاثة اسباع درهم فان مات الا حرانه
سعى الاوسط في نصف قيمته لان اقراره للثالث لم يصح في حق الاوسط فاجعله كانه
حي ولدت امته ثلاثة اولاد في بطون مختلفة وادعى المولى نسب اكبرهم ثبت نسبه
فقط وعند زفر ثبت نسب الكل لان الدعوة تستند الى وقت علوق الاول فظهر
انه وضع الام ولدا من ذلك الوقت فكان الاخران ولدي ام ولد فيثبت نسبهما منه اذا لم ينفهما
ولنا ان السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان والتزام النسب بالبيان عند
ظهور دليله واجب شرعا فصار السكوت عند لزوم البيان لو كان النسب ثابتا
نفيا حملا لامره على الصلاح حتى لا يصير تاركا للفرض ولو قال احدهم ولدي ومات
قبل البيان عتق ملك كل عند ابي حنيفة وعندهما يعتق ثلث الاكبر ونصف
الاوسط وكل الاصغر وهذا بناء على اصل وهو انه متى تعذر اعمال النسب صار
الكلام مجازا عن الاعتاق اصلا مثله هذا ابني وقد تعذر اعماله في النسب لان
النسب في المجهول لا يثبت فصار دعوة المجهول كدعوة من هو اكبر سنا منه فكانه

قال احدهم حر والحكم فيه هذا وعندهما يرد البعض على اعتبار العلوق ان امكن والا يلغوا
بيانه انه لو اراد به الاكبر عتق ولو اراد به الاوسط عتق الاوسط والاصغر ولو اراد
به الاصغر عتق الاصغر وحده فالاكبر يعتق في حال ولا يعتق في حالين فيعتق ثلثه حاشيه
والاوسط يعتق في حالين ويرق في حال واحوال الاصابة حالة واحدة على رواية
الجامع فيعتق نصفه والاصغر يعتق بكل حال لانه ليس له حالة الحرمان فيعتق كله
وعن ابي يوسف في رواية جعل احوال الحرمان حالة واحدة كاحوال الاصابة
فاعتق نصف الاكبر ولو كان له عبد وله ابن ولابنه ابن ولدا في بطنين ولهم
نسب ولدا له فقال المولى لاحدهم احدهم ولدي ومات بلا بيان يعتق من كل واحد ربعه عند ابي حنيفة
لانه قال احدهم حر وعندهما يعتق ربع الاول لانه لا يعتق اذا عني احد الثلاثة
الباقي ويعتق الثاني لانه يعتق في حالين اذ اعناه او اباه ولا يعتق في حالين وهو ما اذا
عني الاصغرين غير ان احوال الاصابة حالة واحدة واحوال الحرمان احوال وثلاثة ارباع
كل واحد من الاصغرين لان احدهما حر بكل حال والاخر يعتق في ثلاثة احوال
ويرق في حالة فيحصل عتق ونصف بينهما ولو كانوا خمسة بان كان له عبد وله ابنان
ولكل ابن ابن يعتق من كل واحد خمسه عند ابي حنيفة وعندهما خمس الاول وربع
كل واحد من ابنيه لانه يعتق في حالين اذ اعناه او اباه ويرق في ثلاثة احوال
وثلثا كل اصغر لان احدهما حر بكل حال سواء عناه او اباه او جده والاخر يعتق
ان عناه او اباه او جده ويرق ان عني عمه او ابن عمه واحوال العتق حالة واحدة
فيعتق في حال ويرق في حالين فيعتق ثلثه فصار لهما عتق وثلث بينهما لكل واحد
منهما ثلثاه ولو كان لكل اصغر ابن بان كانوا سبعة بان كان له عبد وله ابنان
ولكل ابن ابن ولكل ابن ابن فقال احدهم ولدي ثم مات يعتق من كل واحد
سبعه كما لو صرح بالاعتاق وعندهما يعتق سبع الاول ويسعى في ستة اسباع قيمته
لانه يعتق في حال ويرق في ستة احوال وسدس كل واحد من ابنيه لانه يعتق
ان عناه او اباه ويرق في خمسة احوال ان عني احد الباقين واحوال الاصابة حالة
وخمس كل واحد من ابني ابنه لانه يعتق ان عناه او اباه او جده ويرق في اربعة
احوال ان عني احد الباقين كانه يعتق في حال ويرق في اربعة احوال وخمسة اثمان

كل اصغر لان احدهما حر بيقين والاخر يعتق في اربعة احوال ويرق في ثلاثة احوال ان عني
الاخر او اباه او جده فيعتق منه الربع لاتحاد احوال الاصابة فيحصل عتق وربع
بينهما نصفان لكل واحد منهما خمسة اثمانه رجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة الاف
درهم فاقتسموها واخذ كل واحد منهم الفا فادعى رجل على ابيهم ثلاثة الاف درهم
فصدقه الاكبر في الكل والاوسط في الالفين والاصغر في الالف اخذ من الاكبر
الفه ومن الاوسط خمسة اسداس الالف ومن الاصغر ثلث الالف وهذا عند ابي يوسف
وقال محمد في الاصغر والاكبر كذلك وفي الاوسط ياخذ الالف لان زعم الاصغر ان المدعي
ادعى ثلاثة الاف الفا بحق والفين بغير حق فاذا اخذ من الاكبر الفا فقد اخذ ثلث
الالف بحق والثلثين بغير حق والاوسط يقول ان دعوى المدعي في الالفين بحق
وفي الالف بغير حق فاذا اخذ الالف من الاكبر فقد اخذ ثلثيها بحق وثلثها بغير حق
فزعم الاصغر انه بقي من دعواه ثلثا الالف وزعم الاوسط انه بقي من دعواه الف وثلث
فتصادقا على ثلثي الالف فياخذ من واحد نصف ما اتفقا عليه وذلك ثلث الالف
فيبقى من اقرار الاوسط ثلث الالف وفي يده ذلك فله ان ياخذ ذلك فلم يبق
في يده شيء ولابي يوسف ان الكل اتفقوا على الالف فياخذ المقر له من يد كل واحد
منهم ثلث الالف ومن اخذ وصل اليه كل ما اقر به الاصغر ثم استوى الاوسط والاكبر
على الالف الاخر فياخذ من كل واحد منهما نصفه فبقي في يد الاوسط سدس الالف
فهو له وفي يد الاكبر سدس الالف فياخذ منه لانه مقر ان الدين مستغرق ولا ارث
له دار بين زيد وسعد فاقر زيد انها بينهما وبين عمرو اثلاثا واقر سعد انها بينهما
وبين عمرو ارباعا فعند ابي يوسف وهي رواية عن ابي حنيفة لعمرو ان ياخذ
الربع من يد سعد ويضم الى ما في يد زيد فيكون ذلك بينهما نصفين وعند محمد وهو رواية
عن ابي حنيفة ياخذ من سعد خمس ما في يده ويضم الى ما في يد زيد ويكون بينهما نصفين
لمحمد ان زيدا اقر له بحقه سعد ان يقول لو كذبني زيد فيك لكان لك مما في يدي
سهم ولعمرو سهم واذا صدقني زيد فيك خاصة بعد رفع نصيبك عني فبقي لي سهم ولعمرو
سهم وذلك نصف سهم فذا سهمان ونصف فضعفناه ازالة للكسر فصار لي
خمسة وصار كل الدار عشرة اسهم في يد كل واحد منهما خمسة فياخذ سهما من سعد

ويضم الى ما في يد زيد فصار ستة لكل واحد منهما ثلثه وبقي في يد سعد اربعة له سهمان ولعمرو
سهمان ولابي يوسف ان سعدا اقر ان الدار بين اربعة وذلك رابعهم ولو كان كل
الدار في يده دفع اليه ربعها فاذا كان في يده نصفها دفع اليه ربع ما في يده فصار كل الدار
ثمانية فياخذ درهمين سهمان من سعد وضم الى اربعة في يد زيد فصار خمسة وذلك لا يستقيم
على اثنين وبقي في يد سعد ثلثه لا يستقيم ايضا على اثنين فاضرب اثنين وهو
مخرج الكسور في اصل الحساب وهو ثمانية كل الدار فصار ستة عشر في يد كل واحد
ثمانية فياخذ ربع ما في يد سعد وهو سهمان ونصف ما في يد زيد فصار عشرة
لزيد وخمسة لذلك وبقي في يد سعد ستة ثلثه له وثلثه لعمرو كيس في يد رجلين
فيه الف درهم اقر احدهما لثالث بنصفه وكذبه شريكه فللثالث ثلثا ما في يده
لانه اقر ان حقه ضعف حقه وضعف حق شريكه الا انه لم يظهر في حق الشريك
لانكاره فيظهر في حقه ولو قال الكيس بيني وبينك نصفين فله نصف ما في يده
لانه اقر انه يساويه في الاستحقاق ولو قال احدهما له نصفه ولي نصفه وقال الاخر
له ثلثه ولي ثلثاه وصدق الاول اخذ من الثاني ثلث ما في يده وضم الى الاول وقاسمه
نصفين لانه اقر له بالثلث وقال محمد ياخذ خمس ما في يده ويضمه الى ما في يده ويقسمانه
نصفين لانه اقر بالثلث شايعا وصدقه شريكه ويحمل عنه نصفه فانكسر بالنصف
فصار سهما بالتضعيف وهي فرع مسئلة الدار التي ذكرناها انفا ولو ادعى الكل
احد المقر له من كل واحد ما اقر به عند ابي يوسف وعند محمد ياخذ من المقر بالثلث
خمس ما في يده ومن الاخر خمسي ما في يده كيس في ايدي ثلاثة اقر احدهم لشريكه بثلاثة
ارباعه وله الربع والاخر اقر للمقر له خمسة اسداس وله السدس والمقر له
يدعي الكل اخذ من كل واحد ما اقر ووجهه ان يجعل كل اثني عشر لجمعه ستة وثلثه
في يده مسلم له وياخذ ثلاثة ارباع ما في يد احدهما وهو ثلاثة وخمسة اسداس
ما في يد الاخر وهي عشرة وعند محمد ياخذ من المقر بثلاثة الارباع خمسي ما في يده ومن
الاخر ثلاثة اخماس ما في يده الاخر وهي عشرة وعند محمد ووجهه ان يجعل الكيس
على اثني عشر كما حسبنا الى السدس في يد كل واحد اربعة فالمقر بثلاثة الارباع يقول حقي
في ثلثه وحقك في تسعه الا انه [illegible] في يد المقر خمسة الاسداس وقد سلم لك وزيادة

وايضا سلم لك ما في يدك وهو اربعة لان حقك في سهمين وحقي في ثلاثة فيقسم ما في يدي على خمسة
لك خمسا ما في يدي ويقول الاخر حقك في عشرة من اثني عشر وقد سلم لك اربعة ما في يدك
بقي حقك في ستة ثلاثة في يد شريكي لاني قد اقررت لك بخمسة الاسداس شايعا وقسمه
ان يكون لك مما في يد شريكي ثلثه وثلث الا انه لم يصدقني الاخر في ثلثه حيث اقر لك بثلاثة
الارباع شايعا فبقي لك ثلاثة ولي سهمان فيقسم ما في يدي بيننا على خمسة لك ثلاثة اخماس
ما في يدي كيس في يد رجل فيه الف درهم اقر ان نصفه لفلان ودفع اليه نصفا
ثم اقر ان نصفه لغيره والثاني منهما وقال زفر يدفع اليه كل ما في يده لانه يضمن عنه لان
القاضي انما سلم اليه باقراره فاضيف اليه ولنا انه لا يجوز ان يضمن بالاقرار لان الاقرار
بمال الغير لا يوجب الضمان ولا بالدفع لانه فعل القاضي فصار كالتاوي وان
دفع اليه بغير قضا فالباقي للثاني لانه دفعه باختياره فكانه اتلفه ولو كان
مكانه اقرار بالوديعة فعند ابي يوسف كذلك وعند محمد يضمن بكل حال لانه مامور
بالحفظ والاقرار ضده فان قال بعد دفعه النصف بغير قضاء الكيس بيني وبين الاول
والثاني اثلاث فللثاني ثلثا ما في يده وان دفع نصفا وله نصف ما في يده لانه اقر
ان حقه مثل حقه والمدفوع كالهالك ولو دفع النصف الى الاول بلا قضاء والثلث
الى الثاني بقضاء ثم اقر لاخر انه شريكهم بالربع وتكاذبوا اي كذبه الاول والثاني
الثالث وكذبه الثالث بالاولين اخذ ما بقي في يده وضمن ثلث السدس لان الثلث
الذي دفع الى الثاني بقضاء كالتاوي والنصف الذي دفع الى الاول بغير
قضاء كالقائم في يده لانه مضمون عليه وفي يده السدس حقيقة فكان ما في يده
يقسم الثلث بينهم اثلاثا فيصيب كل واحد سدس وبقي سدس فان صدقه
وضمه الاول بالثلث وكذبه بالثاني وكذب الثاني [illegible] احد الثالث نصف ما في يده الى ما في يد
الاول ثم يقسمانه نصفين عند ابي يوسف لانه اقر بالمساواة والمدفوع الى الاول
غير مضمون لتصديقه وكذا الى الثاني للقضاء وعند محمد ياخذ الثالث ثلث
ما في يده ويضمه الى ما في يد الاول ويقسمانه نصفين لانه اقر بالربع شايعا وقد حمل
الاول عنه النصف وكان حق المقر ضعف حقه [illegible] احدث منك الفا
وديعة والفا غصبا وهلكت الوديعة وهذه المغصوبة وقال رب المال هلكت

المغصوبه فالقول لرب المال ويغرم المقر الفا لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى
ما يبريه فلا يصدق الا بحجة وهي البينة او تصديق المدعى عليه ولو قال اودعني الفا او غصب
الفا والمسئلة بحالها فالقول للمقر ولا شي عليه لانه انكر سبب الضمان ومن انكر سبب الضمان
فالقول له وهذا لانه اقر بفعل الغير وهو الايداع وفعل الغير ليس بسبب الضمان عليه لانه صح
فالمالك يدعي عليه الضمان وهو ينكر وكان القول له ولو اكرى دابة من اسكافي فسلمها
اليه ثم هلكت فقبضت احديهما واختلفا كما مر فالقول للمالك ان الذي يقبض هي التي
حالف فيها لانه اقر بسبب الضمان وهو الحمل على دابة الغير فيضمن ولو اقر له بالف بعيب
وديعة او مضاربة فقال ليس لي وديعة عندك ولكن لي عليك الف من ثمن بيع او قرض لا شي او مضاربة صح
له لانه اقر له بشيء وقد ادعى دينا الا ان يصدقه المقر له بعد ذلك ولو قال اقرضتك
بعينه له ان يأخذ لتصادقهما ان الالف المعين كان للمقر له الا ان المقر له يدعي التملك
منه بالاقراض والمقر ينكر القرض فيبقى الملك للمقر له كما كان ولو اقر بالف قرض او غصب
وادعى ثمنا او بالعكس او قال ثمن عبد وادعى ثمن امة لاتفاقهما على وجوب الالف وقال لا يلزمه لمه صح
يلزمه لانه زاد ما اقر له به فان زاد وما ادعى لا يثبت فالي عليك الف فقال الحق
فقال الحق او الصدق او اليقين او انكر ايهما او صدقا او يقينا او كرر اي قال الحق
الحق او الصدق الصدق او اليقين اليقين او حقا حقا او صدقا صدقا او يقينا
يقينا او قرن بها البر الحق او الحق البر الى الاخر فهو اقرار لانه مما يوصف به الدعوى بان قال صح
فصلح جوابا ويستعمل في التصديق عرفا فكانه قال ادعيت الحق الى الاخر ولو قال
الحق حق او الصدق صدق او اليقين يقين لا يكون اقرارا لانه كلام تام بخلاف ما تقدم
لانه لا يصلح ابتداء وكذا لفظ البر مفردا بان قال البر او قال مكررا غير منضم
الى الحق او اليقين او الصدق بان قال البر البر او برا برا لا يكون اقرارا لانه
لا يوصف به الدعوى فكان رد كانه قال عليك بالطاعة وان لا يؤدي بالدعوى
الباطلة وكذا لفظ الصلاح مفردا او مقرونا بالحق او الصدق لا يكون اقرارا
لانه محكم في انه لا يصلح جوابا وصفة للخبر فيحتمل الصلاح جا الفساد ولو قال لامته
يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا ابقة او هذه السارقة فعلت كذا وباع فوجد المشتري
بها هذه العيوب لا يرد بالقرآن لان غرض الاخر نداء وقصد المنادي اعلام المنادي

واحضاره لا تحقيق الوصف الذي ناداه به ولهذا لو قال لامرأته يا كافرة لا تفرق بينهما
والاخر شتيمة بخلاف قوله هذه سارقة او هذه السارقة او هذه زانية او ابقة او مجنونة
لانه اخبار وهو لتحقيق الوصف وبخلاف يا طالق وهذه المطلقة فعلت كذا او باع
لانه يملك من ايجاب هذا الوصف شرعا فيجعل كلامه ايجابا ليكون هو صادقا فيما يتكلم
به ولا يملك من ايجاب تلك الاوصاف فيها وكان ايذاء وشتما لا تحقيقا ووصفا
شهد رجلان كل واحد على صاحبه بعتق عبده وتقابضا صح وعتق كل واحد على
مشتريه بقيمته لاتفاقهما على الفساد لان كل واحد منهما يزعم انه باع مملوكا بحر وكذا
لو تقابضا واعتق كل واحد ما اشترى ثم اقرا بفساد البيع فالعتق ماض وضمن كل واحد
للاخر قيمة ما اشترى وكذا لو شهدا بالتدبير وعتق كل واحد بموت بايعه لان حق
الحرية ملحق بحقيقتها وضمن كل واحد لصاحبه قيمة ما اشترى لما بينا ولو شهد كل واحد
منهما على الاخر انه في يده لفلان صدقهما لفلان ثم تبايعا وتقابضا ورد كل واحد
ما اشترى الى المقر له ولا يجب القيمة لان بيع مال الغير جائز فلم يتفقا على الفساد
ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه انه كاتب مملوكه ثم تقابضا فان انكر المملوكان
او ادعيا ولا بينة لهما او حلف البائعان صح البيع للعجز عن الاداء الى من وجب الاداء
اليه وجهالة من يستوفي بدل الكتابة فخرج الكتابة عن حد الافادة وان نكلا او
اثبتاها بالبينة بطل البيع ولو شهد احدهما بالتدبير والاخر بالكتابة او بملكه
لغيره فحكم كل ما لو انضم اليه مثله ولا غرم لان احدهما يدعي الجواز والاخر يدعي الفساد
فرجح الجواز على الفساد ولو باع امة شراء فاسدا وطلب فسخه فاقر المشتري او
برهن انه باعها او وهبها من غائب ثم اودعها اياه لا يقبل لان حق الاسترداد للبايع
ثابت وهو يريد بهذا اخراج نفسه عن الخصومة فلا يقدر عليه وله اخذها فان
حضر الغائب وصدق المشتري اخذها من البايع وكذا الوكيل ببيع عبد اذا قر ببيعه من
غائب وانكر الامر واراد اخذه فانه يؤمر برد العبد الى الموكل فلو حضر الغائب وصدق
الوكيل يؤمر الموكل برد العبد على الذي حضر وكذا الشفيع اي لو اشترى دارا ولها شفيع
فاراد اخذها فقال المشتري بعتها من فلان او وهبتها او اودعنيها وانكر الشفيع لم
يقبل قول المشتري لما مر في البيع الفاسد ولذا لو ادعى المأسور اذا اشتراه مسلم فجاء

المالك القديم لياخذه فقال المشتري وهبته لفلان وقبضه او اودعه عندي وكذبه المالك
له اخذه ولو جاء ذلك الغايب وصدقه دفع اليه ولا بطل حقه بتصديقه بل ياخذ المولى
القديم منه ان شاء قيمته ۞ ولو قال المشتري في دفع البايع اذا اراد الاسترداد
بعتها فاعتق المشتري او دبر او استولد لا ياخذها لانه لو كان صادقا ابطل حق
البايع عنها ولو كان كاذبا ثبت هذه المعاني من قبله بعد الاسترداد بكل حال
فان صدقه الغايب سلمه ذلك وان صدقه في البيع وانكر الاعتاق والتدبير
والاستيلاد فهي امته وان كذبه فيهما عتقت منه في العتق وثبوت المنزلة في
التدبير والاستيلاد لان المشتري اقر بتعلق عتقها بموته ۞ وان قال كاتبها او
اعتقها او دبرها ثم حضر الغايب وصدقه في الكتابة ردت الامة وبطل تصرفات
البايع لانه بالتصديق نقض الاقرار السابق فتبين انها صادفت ملك الغير ۞
عبد في يد رجل ادعى رجل انه قتل وليه خطا واقام البينة ذو اليد انه وديعة زيد عنده
دفعت الخصومة وان لم يقم بينة بقي خصما وخوطب بدفعه او فدائه فان فداه
فهو متطوع لا يرجع على الغايب لصدوره بغير اذنه وان دفع وحضر الغايب وكذبه
فالدفع ماض وان صدقه خير لانه ظهر انه المالك ۞ عبد ماذون فادعى اخر عليه دينا
يحيط برقبته فقال المولى بعته وهو وديعه لا يلتفت الى قوله ويقضى بالدين ان
اقام البينة ويباع فلو حضر الغايب وصدقه لا ينقض لان البيع صدر عن ولايه
ولو اختار رب الدين الاستسعاء له ذلك وللغايب اخذ العبد ۞ ادعى المامور
بشرى امه معينة بالف وخمسمائة وقال الامر والبايع بالف فالقول للمشتري
بعد العقد ويحلف لانه يدعي عليه الامر التملك وهو ينكر وقيل بعد اليمين القول للبايع
لان ولايه التملك له وليس للمشتري ان يحلف البايع على ما ادعى لان فائدته
النكول ولو اقر لا يصح لانها صارت للامر باقرار الاول وله ان يحلف الامر على العلم
لانه يدعي عليه ما لو اقر به يلزمه لكنه فعل الغير فان حلف فهي للامر بتصادقهما
والثمن عليه وان نكل فهي للمشتري وادى الفا وخمسمائة الى البايع ان صدقه
وكذا اذا ادعى شراها بمائة دينار الا انه اذا نكل الامر اخذها المشتري مجانا
لان ما يدعيه البايع يلزم المشتري وما اقر به لا يدعيه ۞ ولو امر بشرى اخيه بالف

والمسلم بحالها فالقول للامر والبايع وعتق ولا يحلف البايع والامر ان طلب المشتري العبد
وان طلب قيمته حلف الامر فان نكل غرم قيمته للمشتري للاستهلاك والثمن للبايع ودفع
القيمة قدر الثمن استحسانا لانه ادى بغير امره الا انه مجبر عليه وان لم يسم ثمنا فالقول
للامر ان اقر البايع بالاستيفا لتوافقهما على وقوع العقد للامر ثم المشتري يدعي الزيادة
وهو ينكر وعتق العبد لانه لما لم يكن الثمن مسمى لم يكن مخالفا ۞ اقر ان هذا العبد كان
لفلان ثم برهن انه اشتراه منه قبل لان ملكه في الماضي يوكد ما ادعاه المشتري ولو قال
هذا العبد لك اشتريته منك متصلا وبرهن عليه قبل وقال زفر لا يقبل لانه اقر بالملك في
الحال ثم ادعى الشرى منه قبل هذا الزمان وهو مناقض ولنا ان هذا بيان تغيير فصح
بشرط الوصل وهذا لان قوله هذا العبد لفلان حقيقته قيام الملك له في الحال ويحتمل ان
مراده كان له ولكنه خلاف الظاهر فلم يقبل منه الا بحجة وكذا لو قال هذا العبد
لفلان اشتريته منه امس بكذا ووصل صح استحسانا ويقبل منه البينة لما مر ولو
قال هذا العبد لفلان ثم برهن انه اشتراه منه قبل الاقرار لا يقبل للتناقض ۞
ولو قال هو له لا حق لي فيه لا يصح دعوى الشرى الا بتاريخ بعد اقراره لان قوله لا حق
لي يتضمن ابراءه عن الخصومة فلا تقبل البينة الا على حادث بعده ولو قال جميع ما في يدي لفلان
صح لانه عام وليس بمجهول ثم لو قال ان هذا العبد الذي في يدي ملكته بعد الاقرار فالقول
له لانه يحتمل حدوثه بعد الاقرار وملكه ثابت في الحال فلا يزول بالشك ۞ شهدا
بعتق عبد فردت شهادتهما ثم وكل احدهما ببيعه فباعه من صاحبه الذي شهد معه صح لان
اقراره لم يصح في حق المولى وعتق باقرار المشتري ولا ثمن عليه عند ابي حنيفة ومحمد لزعم البايع
انه برئ وبطل الثمن كما لو ابراه وقال ابو يوسف الثمن على المشتري بحاله لان الوكيل لا
يملك الابراء عنه وان باعه من غيره صح فان صدقه قبل نقد الثمن سقط الثمن وضمن
الوكيل للامر عندهما وان صدقه بعد نقد الثمن لم يسترد الثمن لتعلق حق الامر به
فلم يعتبر تصديقه فيه وضمن الوكيل للمشتري مثل ما قبض لانه اقر انه قبضه بغير حق ۞
ادعى عبدا على ذي اليد انه ملكه فشهد واحد ان ذا اليد اقر انه ملك المدعي وشهد اخر ان
ذا اليد اقر انه اشتراه من المدعي تقبل ويقضى بالعبد للمدعي لاتفاقهما على الاقرار
بالملك له وبه يقع الحكم اذ الاقرار بالشرى اقرار بالملك له وكذا لو شهد واحد بالاستيام

او باقرار ان المدعي وهبه له وشهد اخر بان انه تصدق به عليه وهو يقول ازمنا لا تقبل
لانهما على المشهود به وكذا لو شهد واحد بالاقرار بالشرى بمائة دينار وشهد اخر بالاقرار
بالشرى بالف درهم لانهما اقرا بالملك له وكذا لو شهد واحد بانه اقر ان المدعي اودعه
او وهب له وشهد اخر انه اقر انه ملكه او غصبه منه او رهن يقبل لما بينا ولو شهد
احدهما انه دفعه اليه لا تقبل لانه لا يدل على انه ملك الدافع ه ولو اقر ذو اليد انه كان
للمدعي وادعى انه وهبه فشهد واحد بالهبة واخر بالصدقة لا تقبل لان القضاء يقع بالملك
بسبب وقد اختلفا فيه ولو شهد واحد بالهبة واخر بالعمرى او النحلى يقبل لاتفاقهما
معنى ولو ادعى الشرى منه فشهد واحد ان المدعى اقر انه باعه منه وقبض الثمن وشهد اخر
انه اقر انه باعه منه بالف وقبض الثمن يقبل لان الثمن غير مقضي به حتى يحتاج الى البيان
لكونه مقبوضا وانما المقضي به الملك ولا اختلاف فيه ولانه اجمل فيحتمل الموافقة ولو شهد
واحد انه اقر انه باع بالف درهم وقبض وشهد الاخر انه اقر انه باع بمائة دينار وقبض لا
يقبل لان البيع بمائة غير البيع بالف ولا يحتمل الموافقة بخلاف الاطلاق تصرف المريض
مما ينقض كالهبة ونحوها في الحال حتى يثبت الملك للموهوب له لانه تصرف في خالص ملكه
ثم ينقض ان احتيج اليه وفي غيره كالاعتاق يتوقف ه مريض اقر لوارثه بعبد فقال ليس لي بل
لفلان وصدقه فلان ثم مات سلم العبد للاجنبي عندنا خلافا لزفر وغرم الوارث قيمته
ورفع حظه وهذا لان تصرف المريض وقع صحيحا ويثبت الملك له فملك الاقرار لغيره
فاذا مات المريض وجب نقض اقراره فوجب على المقر له الاول رد العبد وقد عجز عن رده
بتمليك الاجنبي فغرم القيمة ويرفع حصته لانه لا يضمن لنفسه وكذا لو اقر الوارث لوارث
اخر سلم العبد للثاني لانه انما تلقاه من جهة المقر له الاول لا من جهة المريض ووجب على
الاول قيمته وصارت ميراثا وللاول والثاني منها نصيب ولو كان على الميت دين
محيط بماله يغرم كل القيمة ولا يسقط حصته اصلا اذ الدين مقدم على الارث ولو وهب
له عبدا فوهبه الوارث لوارث اخر بعدما قبضه ثم مات ولا مال له غيره سلم
العبد للثاني وغرم الاول قيمته ويرفع حظه فقط ويرد حصة الثاني اليه لان في
زعم الثاني هنا ان القيمة واجبة لانه وهبه لي فلزمه رده وقد عجز فعليه قيمته ولي
من ذلك نصيب فلزم تسليمه ولو وهبه الميت له اخذ منه ويكون ميراثا لتصادقهما

انه وصل اليه من المريض فان مات العبد في يد الثاني فللورثة تضمين الثاني لانه قبض ما لم يكن له
والاول لانه المتلف باقراره وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء اما الاول فلانه اقر ان قبض
الثاني كان بحق واما الثاني فلانه ضمنه بفعل نفسه وهو القبض ولو قال الثاني العبد لك
ولم ادر ما تقول سلم العبد له وغرم الاول قيمته لانه اذ اقر للثاني فقد اتلفه ورفع حظهما
وان اقر الاول بعد موته او وهب او باع فهو كما لو اقر قبل الموت لفساد الملك ه المريض
محجور عن ايصال النفع الى وارثه له دين على وارثه وبه كفيل وبعكسه اقر بقبضه او احتال
به اطلق او ابرأ وارثه او الاجنبي وهو اصيل لغا اما الاول فظاهر وكذا الثالث
وهو ان يحيل الكفيل والمريض على غيره حوالة مطلقة فقبل فانه لا يجوز ابراء الوارث
وان كان بشرط براءته لا غرفا ان كان وارثا لا يصح وان كان اجنبيا يصح من الثلث
لانه تبرع على الاجنبي وكذا الرابع واما الخامس فلانه يتضمن براءة الوارث ولو كان الاجنبي
كفيلا صح من ثلثه لان براءته لا توجب براءة الاصيل الذي هو وارث ولو اقر بوديعة
احدهما عنده بطل وان كان من غير جنس دينه لان هذا في الحقيقة اقرار باستيفاء الدين
اما اذا كان من جنس حقه فلان رب الدين ظفر بجنس حقه من مال المديون وكذا ان
كان من خلاف جنسه لجواز ان يموت مجهلا للوديعة فيضمن ويصير قصاصا بما عليه من الدين
كاتب عبدا في مرضه بالف وهو قيمته ولا مال له غيره ثم اقر بقبض كتابته صح من الكل
لان الاقرار بدل العتق ينفذ العتق فصار كانشاء العتق وذا ينفذ من الثلث
او في مرضه بقبض دين صحته وعليه دين صحة قبل لانه مسلط على الاستيفاء فهذه وديعة
غير لشيء يصلح قصاصا بان كان مثله جنسا ووصفا وقسم بين غرمائه لان اقراره صح في حق
الاستيفاء دون اثبات الحق له وان كان لا يصلح قصاصا فالرداءة الوديعة لا يصح
لتعذر اعتبار الاستيفاء الا اذا اخذ كفه سرى او صلحا وفيه وفاء بان كانت
قيمته مثل الدين وصدقه غريمه وان كذبه الغريم وارادوا اخذه بطل اقرار المريض ولم
يكن للغريم اخذه ويوخذ منه الدين الذي عليه لانه زعم انه لم يصر مستوفيا وزعمه حجة عليه
مريض اقر بقبض ارش جنايته عليه او على عبده صح ه مريضة اقرت باستيفاء مهرها
ان كان قبل الطلاق لا يصح لانه اقر للوارث وان كان بعد الطلاق والعدة صح
لانه صار اجنبيا عنها ولو كانت في العدة ودين الصحة محيط لا يصح لان النكاح قائم

من وجه وان لم يكن مسقطا بمضي الدين اولا ثم له اقل من المهر والارث فالواهذا قول ابي حنيفة
وعندهما يصح في الكل اصله اذا طلقها بسؤالها ثم اقر لها بدين او اوصى ولو اقر بغصب قيمة عبده
من غاصبه بعد اباقه والغصب والقضا في الصحة صدق لانه اقر باستيفاد دين الصحة
ولو كانا في المرض لا يصدق لانه دين المرض ولو كان الغصب في الصحة والقضا في المرض
ولم يعد من اباقه صح لان الضمان يستند الى وقت الغصب وان عاد حرا الغاصب برد القيمة
ورد العبد ولو اقر المريض بقبض ثمن عبد باعه في مرضه بضعف قيمته بان باعه بالفين
وقيمته الف لم يصح اقراره ويؤمر المشتري بتسليم القيمة ٥ وان اقر بقبض ثمن عبد باعه في
صحته صدق بخلاف ما لو قال المريض لرجل بعتك هذا العبد الذي في يدك وقبضت
الثمن وصدقه حيث لم يصدق لانه ثبت كونه مملوكا له فتعلق حق الغرماء به الا ان
يموت العبد قبل مرض البايع ثم كان الاقرار في حال المرض فانه لم يلزمه شيء لانه لما مات قبله
لم يتعلق حق الغرماء به وان اقر المريض بشرى دار في يده بالف من ابنه ومن اجنبي وبنوه ثلاثة
ولم ينقد الثمن وصدقاه وكذبه الاثنان بطل الاقرار والدار بين البنين على الميراث
لكل واحد ثلث واخذ الشفيع نصيب الابن المصدق بثلث الثمن وكان ثلث الثمن
عنه وبين الاجنبي انصافا لتصادقهما على ذلك ودفع الابن المصدق من ارثه ان ترك مالا
اخر تمام حظ الاجنبي من الدين لان من زعمه ان اليمين تام والدين مقدم على الارث وكذا ان
مع الاجنبي شركا لابن بطل اقراره عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يصح في حق الاجنبي
وان صدق الابن المقر له الاجنبي وكذب الاب بان قال بعت الاجنبي نصف الدار
ولكني ما بعت فالاقرار باطل عندهما والاصل ان اقرار المريض بمال مشترك لوارثه ولاجنبي
اذا ادعيا الشركة او كذبه الاجنبي في الشركة لا يصح عندهما لانه اقر بمال مشترك بينهما
فلم يصح غير مشترك وعند محمد يصح للاجنبي لان الامتناع يكون بقدر المانع ٥ ولو اقر مريض
بمائة درهم لامراة طلقها بسؤالها سوى مهرها وقد استوفى مهرها ومات بعد العدة
وترك اثنا وثمانين واربعين درهما لها كله لانها صارت اجنبية والدين مقدم على الارث
ولو مات قبل مضي العدة لها خمسة دراهم من الاربعين لان الربع منهما والتهمة باقية لبقاء العدة
ولو مات في العدة عنها وعن اخ وستين درهما واوصى بثلثه فللموصى له الثلث عشرون ولها
عشر ربع ما بقي والباقي للاخ ٥ مستقرض الف باع من مقرضه عبدا بالف موجل فحل
الاجل

(margin) لا لغبن من اخرى اورد
(margin) بلغ عند ابي حنيفه وابي
(margin) ... وعند محمد يصح فيما
(margin) ... على القيمة ويجبر ح ح
(margin) وان ضربات

الاجل في مرض المستقرض بيع المقاصة لزوال المانع وهو الاجل فان مات المستقرض فالمقرض
اسوة غرمائه فيما عليه من الثمن لان العوض صار مقضيا في المرض لان دين المستقرض اخرهما
وهو ثمن المبيع وهو مال المريض فصار المريض قاضيا دين بعض الغرماء موثرا له على سائر الغرماء
حال استغراق ماله بديون الغرماء فلم يجز ولو تقدم البيع والمشتري احق بما عليه من الثمن
لان المريض صار مستوفيا دينه وصار المشتري قاضيا من البيع والمريض لا يمنع عن اقتضاء
دينه اقتضاه القائم وجب له على احدهما ثمنا به بيع المقاصة بها ومن لم يدركه لانه اقتضى
شيئا من الدين المشترك ولو تاخر قرضه لا لانه قضى وما اقتضى اودع مورثه بحضرة الشهود
فاقر المورث في مرضه باتلافه ضمن لانه لو لم يقر لكان الضمان واجبا بالموت مجهلا فلا
تهمة فيه ولو اقر بالاستهلاك ثم قال بعده ضاعت او رددت لا يقبل للمناقضة ٥
ولو ادعى الهلاك او الرد اولا ثم ادعى الاستهلاك لا يضمن لانه بريء اولا وجاز المالي
اقراره للوارث ٥ مكاتب اقر لسيده بالف وللاجنبي بالف قرض وفي يده الف فقضى
كتابته وهي الف ومات ولا مال له غيرها عتق لوجود الشرط وثلثا الالف للسيد
وثلثه للاجنبي لان الديون استوت فقسم بالحصص ولو قضى من دين سيده فالالف
كله للاجنبي لانه مات عاجزا فسقط دين المولى وكذا لو كان له ولد ولد في كتابته
فالاجنبي احق بالالف ولو اقرضه اجنبي الفا ومرض فاقرضه سيده الفا فقضى سيده
الف القرض ومات سلم لسيده لان الاقراض اعانة حكما فكان كاسترداد العارية
بخلاف الدين ولو اقر بقبض دين الصحة من سيده وعليه دين الصحة ومات عاجزا
بطل لانه لما مات عاجزا ظهر حق المولى في رقبته وكسبه وصار بمنزلة الوارث
وان ترك الفا او اقل سلم للاجنبي لان دينه اقوى ولو اقر في مرضه لسيده بقرض الف
وللاجنبي بالف قرض او بدا به وترك الفا بدي بدين الاجنبي لانه اقوى ثم بالكتابة
لان في البداية بالقرض ابطاله لانه يموت عاجزا فيبطل دين المولى فان بقي شيء فلسيده
ان لم يكن له وارث وان كان له وارث لم يستحق شيئا من الدين لان الاقرار للوارث باطل
وكذا لو اقر لسيده بوديعة مائة دينار في يده واقر لاجنبي بالف ومات بدي بدين
الاجنبي لانه اقوى ثم بدين الكتابة وما بقي منه فللمولى ولو اقر مكاتبه الفا
ثم مات وترك الفا وولدا حرا بدي بالكتابة لانه لو بدي بالدين يموت عاجزا

فسقط الدين ولو اقر له في مرضه بالف ولولده بالف وله ولدان حران ودرك الغير فهما
لسيده الف من دينه والف من الكتابه لانه لما ترك وفاء حكم بحريته فيكون الابن وارثا
فلا يصح الاقرار له ولو كان اقل من الفين تبدا بالابن لانا متى بدانا بدينه ثم بالكتابه
يموت عاجزا لانه لا يفي به ولو قال لفلان علي الف بل الفان وجب عليه الفان وقال
زفر ثلاثه الاف لانه اقر بالف ثم رجع عنه واقر بالفين فصح الاقرار ان ولم يصح الرجوع ٥
ولنا ان معناه بل مع ذلك الالف الف اخر فهما الفان على كرجل يقول سني ستون
بل سبعون ٥ زيد قال غصبنا من بكر الف درهم وكنا ثلثة انفس وهو يدعي انه الغاصب
للالف لزمه كله وعند زفر لزمه ثلثه لانه اضاف الاقرار الى نفسه والى غيره فلزمه حصته
ولنا ان هذه الصيغه تستعمل للواحد ايضا فان الله تعالى قال انا خلقناه والظاهر
ان الانسان يشتغل ببيان فعله وبيان ما عليه دون فعل غيره وما على غيره وكان اقرارا
على نفسه ظاهرا فلم يصدق في صرفه الى غيره ولو قال ما عندي ارث عن ابي لي
ولهذا وهو اخي وانكر المقر له بنوة المقر وقال انا ابن الميت او قال لرجل مات
اخي وهي زوجتي وترك هذا المال معا ثاثني وبينك فقال هو كله لي لانك لست
بزوجها فعلى المسئله الاولى نصف المال للمقر له لانه ما اقر له الا بنصف ما في يديه وعند
زفر المال كله للمقر له لانه ظهر انه ابن الميت بتصادقهما ولم يظهر نسب المقر وفي المسئله
الثانيه ما خذ الاخ كل المال عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف نصف المال لان
المال في يد المقر ولم يقر للاخ الا بالنصف وهو يدعي الزياده فلا يستحقها الا بحجة ٥
ولهما ان القرابه سبب للاستحقاق اصلي والزوجيه سبب طارى فاذا اقر
بسبب اصلي وادعى لنفسه حقا طاريا لم يصدق الا ببينه فاما في النسب فهما استوا
ولان الزوجيه سقطع بالموت وكان هذا اقرار بسبب منقطع فلا يساوي بينهما
ولو قال غصبت هذا العبد من ذا او ذا وكل واحد منهما يدعيه واستحلفاه يحلف
لهما ثم اراد ان يصطلحا على ان ياخذ العبد ويكون بينهما لهما ذلك عند محمد وهو قول
ابي يوسف اولا لانه لما اقر لاحدهما فقد اثبت لاحدهما حق الاصطلاح لان احدهما مالك له والمدعي
لا يبطل الاقرار فبقي لهما حق الاصطلاح وقال ابو يوسف اخرا ليس لهما ذلك لانهما
كانا مخيرين بين الاصطلاح والاستحلاف ثم لو اصطلحا لم يكن لهما ان يستحلفا الا ان المخيرين

فاذا استحلفا لم يكن لهما ان يصطلحا

الامين اذا احار احدهما كان مسلطا حقه في الاخر ولو قال لفلان علي عبد قضى عليه بقيمة عبد وسط ح
عند ابي يوسف لانه اقر بالدين لان على يستعمل في الديون والعبد لا يكون دينا في الذمة
الا في نكاح وخلع وصلح عن دم عمد ولم يجب عبد وسط او قيمته وقال محمد القول قوله
في قيمته لانه المجمل ولو قال لفلان شرك في هذا العبد فعند ابي يوسف له نصف
لان الشرك لغه في الشركه قال وشاركنا قريشا في تقاها وفي انسابها شرك العنان
اي شركه العنان والشركه تقتضي المساواه وقال محمد للمقر ان يبين ما شا لانه مبهم
ولو قال دفع الي فلان الف درهم او نقد لي الف درهم ولم اقبض ووصل لم يصدق
عند ابي يوسف لانه رجوع اذ الدفع والنقد لا يكون الا بالقبض وقال محمد يصدق
لانهما يذكران مجازا ان اقر مريض مرض الموت بالف درهم بعينه انه لقطه عنده وليس له
الورثه تصدقوا بثلثه بعد موته لان حكم اللقطة التعريف ثم الامساك لربها او التصدق
فاذا امات بطل الامر بالتعريف والامساك لانه لا يصح الوصيه بهما فبقي الامر بالصدقه
وهي تبرع صحيح في الثلث وقال محمد كلها ميراث لما لم يصدقوه في ذلك لان قوله لقطه كقوله
ليس لي ولو قال ذلك لا يبطل الارث ولا يصدق بشي منه كذا هنا ولو قال له
علي الف درهم او على هذ الجدار فعليه الف عند ابي حنيفه خلافا لهما وهو كقوله
عبدي او حماري حر وقد مر ولو قال له علي الف فيما اعلم فهو ملزم ولو قال
فيما علمت لا يكون ملزما وقال ابو يوسف هذا والاول سواء لانهما لاثبات العلم ولهما انه
ذكر للشك عرفا بخلاف الاول لانه قد للتاكيد بعد الدعله عما اخبر به فكان ذلك
تاكيدا الاقرار لا تشكيكا ولو قال له علي الف والا لك لا يلزمه شي للاول ولا للثاني
عند ابي يوسف وعند محمد الالف للاول ولا شي للثاني لان مثله يذكر للتاكيد
يقول ان فعلت كذي والا فعلي حجه فيكون تاكيدا للاول وقال ابو يوسف هو كقوله
لفلان او فلان علي الف درهم لانه ذكر للتخيير في الطلب وللتشكيك في
الاخبار كقولك اركب هذه الدابه والا هذه الدابه وان قال هاهنا والا هاهنا
والت امطغير ذي اليد هو ديري او استولدها وكانت بني وصدقها وقال ذو اليد
بل انت امتي فهي لذي اليد عند ابي حنيفه ومحمد لانها اقرت بالرق ثم ارادت اخراج
نفسها من ذي اليد فلا يقبل قولها وعند ابي يوسف القول قولها لانها ادعت

شعبة من شعبه العتق فصار كما لو ادعت حرية الاصل ولو كان لهما ابن فقال انا ابن فلان وامي ام
ولده وقال فلان هو ابني وقال ذو اليد انت عبدي وامك امتي فالقول لذي اليد
عند ابي حنيفه لانه اقر بالرق حيث اقر بانفصاله من الامه فكان اقرارا لانه لا يد له وقالا
القول للغلام لانه ادعى انه علق حرا واذا اقر لرجل بمائة درهم واشهد شاهدين ثم اشهد
في موضع اخر شاهدين لزمه مائة درهم او اقل او اكثر لزمه المالان عند ابي حنيفه
لانهما اقراران مطلقان فكان الثاني غير الاول لان المنكر اذا اعيد منكرا فالثاني
غير الاول وقالا عليه مال واحد لان الاقرار اخبار عن شي ثابت والشي يخبر عنه
مرة بعد اخرى فكان الثاني هو الاول بدلالة العادة كما لو اتحد المجلس وكما لو شهد على
كل اقرار شاهدا واحدا فان المجلس الواحد دلالة الاتحاد لانه يجمع الكلمات واذا تواضع
رجلان في السر بحضرة الشهود على ان يتبايعا تلجية بثمن خلاف البايع ان بعت
منهم قال البايع في مجلس اخر بعتك بالف وقال الاخر فلم يصح البيع عند ابي حنيفه
الا ان يقرا بالبنا على المواضعه فحينئذ يفسد العقد فاسدا غير موجب للملك وان
اتصل به القبض وهذه المسئله على اربعة اوجه اما ان يتفقا على الاعراض او على البنا
او على ان لا يحضرهما شي او يختلفا بان يدعي احدهما البنا والاخر الاعراض فعند ابي حنيفه
يجوز في الكل الا ان يتفقا على البنا وعندهما يفسد في الكل الا ان يتفقا على
الاعراض والاصل انه جعل جهة الايجاب اولى لان العقد في الظاهر جد
وهما اعتبرا العادة وهو تحقق المواضعه ما امكن واذا تواضعا في السر على
البيع بالف وعقدا علانيه بالفين على ان الزياده سمعه ونصا دقا على ذلك فالثمن
الفان عنده وعندهما الف لما مر والله اعلم

كتاب الصلح

هو اسم بمعنى المصالحه وهو خلاف المخاصمه واصله من الصلاح وهو استقامة الحال
وفي الشريعه عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه ان يكون
البدل اي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلومته
فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فتصالحا على ان
يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان
جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعه وحكمه وقوع البراءه عن دعوى المدعي وجوازه

ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع
وقوله عليه السلام الصلح جايز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما وانعقد الاجماع
على جوازه ولانه سبب لدفع التنازع المحظور قال الله تعالى ولا تنازعوا فكان مشروعا
وهو على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكره
وصلح مع انكار وكل ذلك جايز لما مر بينا وقال الشافعي لا يجوز الثاني والثالث للاستثنا
في الحديث وهذا بهذه الصفه لان المدعي ان كان محقا كان اخذ المال حلالا له قبل
الصلح وحرم بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه
قبل الصلح وحل بالصلح وهذا خلاف جنس حقه بنا الصلح على الاقرار لان بدل الصلح
ما كان حراما على الاخذ وان كان من خلاف جنس حقه بناء على اصله ان رب الدين
اذا ظفر على مال المديون له ان ياخذه وان كان خلاف جنس حقه ولنا اطلاق ما
تلونا اذ هو كلام مستقل بذاته فلا يرتبط بسببه وهو محلى بالالف واللام فينصرف الى
الجنس فان قلت ينبغي ان ينصرف الى المعهود السابق لا الى المنكر اذا اعيد معرفا
كان الثاني عين الاول قلت هو مخرج مخرج التعليل لما سبق ذكره قال فصالحوا لان
الصلح خير والعلة لا تنفذ بمحل الحكم الذي هلك فيه بل اينما وجدت العلة تبعها
حكمها وهذا لانه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره ولو حمل على المعهود
يقتصر عليه فكان حمله على الجنس احق واولى ما روينا وهو بعمومه يتناول الصلح
على الاقرار والانكار والسكوت فالمستثنى الاقرار يكون زيادة على النص وما
احل حراما لعينه مثل ان يصالح على خمر او خنزير او يحرم حلالا لعينه نحو ان يصالح
احد امراتيه على ان لا يطا الاخرى او يصالح امراته على ان لا يطا جاريته وهذا
النوع من الصلح باطل عندنا وحمله على هذا احق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه
والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو
عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق في العاده فما زاد على الماخوذ الى تمام الحق
كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه
قبل الصلح وقد حل بالصلح ولكن هذا صلح وقع بعد دعوى صحيحه ولهذا يستحلف لان
المدعى عليه فيجوز لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه الثابت في زعمه وهو مشروع

والمدعى عليه قطعا للمنازعة عنه صيانة لعرضه وبذل المال لمثل هذا الغرض مشروع لان المال
خلق لصيانة الانفس عن المهالك والمفاسد واذا جاز الاعطاء والاخذ بناء على زعمهما
والصلح ليس الا هذا فكان صحيحا فان قيل المدعى عليه انما يبذل المال لدفع خصومة
المدعي عن نفسه والمدعي انما ياخذه ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم
منه شرعا واخذ المال ليكف عن الظلم رشوة وهي حرام لقوله عليه السلم لعن الله الراشي
والمرتشي والرائش الذي يمشي بينهما قلنا دفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز وانما حرم
ان لو دفع الرشوة ليظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذ اخذه الاخذ بالجهة التي يدفعه
الدافع اليه وهو ياخذه بجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة والاصل ان الصلح
يجب حمله على اقرب العقود اليه فان وقع الصلح عن مال بمنفعة يعتبر اجارة لوجود
معناها وهو تمليك المنفعة بعوض والعبرة في العقود للمعاني فيشترط التوقيت فيها
ويبطل بلا توقيت ويهلاك احدهما او محل المنفعة حتى لو ادعى دارا فصالحا عنها على سكنى
دار او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او لبس هذا الثوب سنة
ثم هلك المدعي او المدعى عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد
فيعود على راس الدعوى ولو كان بعد استيفاء بعضها بطل بقدر ما بقي ويرجع في دعواه
بقدره لانه اجارة وهي تبطل بكل واحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف ان مات المدعى
عليه لا يبطل الصلح والمدعي يستوفيه وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى
الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح
لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون
في الركوب واللبس ولا يقوم الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك
فيفوت المعقود عليه فيبطل ضرورة فان قتل العبد اجنبي او المدعي يبطل الصلح كما
يبطل الاجارة عند محمد وعند ابي يوسف لا يبطل ويوخذ من القاتل قيمته ويشترى بها
عبدا اخر يخدم المدعي ان شاء رضي بخدمته وان شاء نقض الصلح لانه فات واخلف
بدلا والخيار للتغير ولو قتله المدعى عليه او مات بطل بالاجماع ولو استاجر المالك
اي عند محمد كالمستاجر وعند ابي يوسف يجوز وان وقع على مال بمال باقرار يعتبر بيعا
لوجود معناه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي فيجري فيه الشفعة ويرد بخيار العيب

والرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل اذا كان يحتاج الى قبضه لان جهالته تفضي الى النزاع فلا بد
من اعلامه على وجه لم يبق فيه منازعة بينهما دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة
على تسليم البدل فان كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك
العوض ولو استحق المصالح عليه باقرار رجع بكل المصالح عنه ولو استحق بعضه رجع بحصته
لانه صار له كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا والصلح عن السكوت والانكار في حق
المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى البيع لان المال واجب عنده
فكان يواخذ بزعمه ويجوز ان يختلف حكم التصرف الواحد بالنسبة الى شخصين كالاقالة
فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما ومن اشترى عبدا قد تحرر بنية ثم بعطي من
الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وهذا في
الانكار واضح وكذلك في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود وعلى التقدير الاول يكون
عوضا وعلى الثاني لا فلا يكون عوضا بالشك فان صالح عن دار بانكار او سكوت
لم يجب فيها الشفعة لانه يزعم انه يستبقي الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع
المال لقطع الخصومة المدعي عن نفسه لا انه يشتريها وزعم المدعي لا يلزمه واذا
صالح عنها باقرار تجب لانه اعترف بالملك للمدعي وانما استفاد بالصلح وكانت
مبادلة مالية ولو صالح عليها بانكار او سكوت او اقرار تجب الشفعة في جميع ذلك
لان المدعي ياخذها عوضا عن حقه في زعمه فيعامل بزعمه ولو وقع الصلح عن انكار او سكوت
فاستحق المتنازع فيه رد المدعي بدل الصلح على المدعى عليه وخاصم المدعي مع المستحق
لانه ما اخذ عوضا في زعم المدعي وبالاستحقاق فات المعوض فلزمه رد العوض
وهذا لان المدعي زعم انه باع الدار منه بما اخذ من البدل واذا استحق الدار فقد استحق
المبيع في زعم المدعي واستحقاق المبيع يثبت للمشتري ولاية الرجوع على البائع بالعوض
والمدعى عليه زعم انه اعطاه ما اعطاه فداء عن اليمين ودفعا لخصومته فبالاستحقاق ظهر
انه لا يمين عليه ولا خصومة معه فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده
وان استحق بعضه رد حصته ورجع المدعي بالخصومة في ذلك القدر لانه لو استحق كله
يرد جميع العوض فاذا استحق بعضه رد حصته ورجع المدعي بالخصومة في ذلك القدر

لانه لو استحق ذلك رجع بجميع العوض فاذا استحق بعضه رد حصته اعتبارا للبعض بالكل وان
كان الصلح عن انكار واستحق البدل رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق
بعض البدل لان المبدل في الصلح على الانكار هو الدعوى فاذا استحق البدل رجع
هو بالمبدل وهو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع المنكر شيئا منه بالمدعي واستحق ذلك
المبيع فانه يرجع بالمدعي لا الى الدعوى لان الاقدام على البيع منه بالمدعي اقرار منه بكون
المدعي حقا له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع خصومة المدعي ولو هلك بدل الصلح قبل
التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في فصل الاقرار والانكار وان ادعى
حقا في دار لم يبينه اي حقا مجهولا فصالح على دراهم ودفعها اليه ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا
من العوض لان دعواه فيما بقي دون ما استحق وهذا الصلح مبني على زعم المدعي وهو يتمكن من ان يقول
انما كان حقي فيما بقي ولو استحق كل الدار من يد المدعى عليه له ان يرجع بدراهمه لو رود الاستحقاق
على المدعى بعينه ولان هذا الصلح مبني على زعم المدعي وفي زعم المدعي انه اخذ الدراهم
عوضا عن الدار فاذا استحقت الدار عليه رد المقبوض من البدل كالمبيع اذا استحق
وقد مر في البيوع ما قيل معناه انه لا يصح الصلح لان من الحقوق ما لا يصح الصلح عنه كحق
الشفعة فلما اقدم على الصلح يشعر بانه يدعي حقا في عين الدار اذ الصلح عن حق الشفعة
لا يجوز والدار دار الاسلام واشتهار الاحكام وكان عالما بان الصلح عن حق الشفعة
باطل وقد اقدم على الصلح فسر ذلك الحق بهو حق الصلح عنه ولو ادعى دارا فصالحه
على قطعة منها لم يصح الصلح وهو على دعواه في الباقي لان الصلح اذا كان على بعض المدعى
كان اسقاطا لبعض الحق والاسقاط لا يرد على الاعيان بل هو مخصوص
بالديون والحيلة في جوازه ان يزيد على بدل الصلح درهما ليكون مستوفيا بعض حقه
اخذا العوض عن البعض او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي لان الابراء عن دعوى العين جائز

فصل

الصلح جائز عن دعوى المال لانه في معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه والمنافع
بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب المال فجحد او اقر به فصالحه
الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح وعن جناية
وهذا اللفظ يتناول العمد والخطا والنفس وما دونها اما العمد فلقوله تعالى فمن
عفي له من اخيه شيء اي من اعطي له من دم اخيه شيء وذلك بطريق الصلح لذا قاله ابن عباس
رضي الله عنهما وبدل الصلح في دم العمد جار مجرى المهر فكل جهالة تحملت في المهر تحمل هنا وما يمنع
صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح لتشاكلهما من حيث ان المال يجب فيهما ابتداء لا في
مقابلة مال وعند فساد التسمية يسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية حتى لو
صالح على ثوب لا يجب مهر المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها على
خمر يجب مهر المثل ولو صالح من دم العمد على خمر لم يجب شيء لان وجوب المهر في النكاح
من ضرورات العقد لانه لم يشرع الا بالمال فاذا لم يلف المسمى مالا لغت التسمية اصلا
وصار كانه تزوجها ولم يسم مهرا فيجب مهر المثل ووجوب المال في الصلح ليس من ضروراته
فانه لو عفى ولم يسم مالا لا يجب شيء ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء
على ان يسلم الدار للمشتري بطل الصلح وبطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت وفرق
بينه وبين الصلح عن دم العمد والثابت في الموضعين واحد اذ الثابت للشفيع حق ان
يملك وفي التملك لا حق في المحل وكذا الثابت في القصاص حق ان يتملك الفعل فيستوفي
ان يعمل الفعل لا نظرا حق في المحل ووجه الفرق ان حق الشفعة حق ان يملك محلا هو
مملوك للغير وقبل التملك لا حق في المحل بوجه ما فكان صلحا لا عن حق ثابت في المحل فلا يصح
فاما في باب القصاص فالمحل صار مملوكا في حق اقامة الفعل حتى اذا اوقع الفعل اتصف
بكونه حقا فيصح الاعتياض عنه ولا يقال اذا قطع يمين انسان ثم قطع يمين اخر يجب القصاص
للثاني كما وجب للاول ولو ظهر اثر الاستحقاق في المحل لما وجب للثاني لان المحل اذا صار
مستحقا لشخص لا يصير مستحقا لشخص اخر من بعد لانا لا نقول بان المحل صار مملوكا له على
الاطلاق وانما صار مملوكا له في حق الفعل الذي يقيمه فقط وظهور الحق في المحل في حق فعله
لا ينفي ظهور الحق في حق فعل اخر والكفالة بالنفس نظير له حق الشفعة حتى اذا صالح على
مال على ان يبريه من الكفالة فالمال باطل واختلفت الرواية في بطلان الكفالة في
رواية تبطل لان الاقدام على الصلح يتضمن البراءة عن الكفالة والشرط لا يتوقف على
العوض واذا سقطت لا تعود وفي رواية لا تبطل لان الكفالة بالنفس وسيلة
الى المال فاخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا
واما الخطا فلانه موجبه المال والصلح عن المال جائز فصار كالبيع فان صالح وليه
على مائة بعير او مائتي بقرة او الفي شاة او مائتي حلة او الف دينار او عشرة الاف درهم صح

وصار اسقاطا لبعض الحق وان صالح على اكثر من قدر الدية لا يصح لانه زاد على القدر المشروع فوقعت الزيادة
بخلاف الصلح عن القصاص فانه يجوز وان زاد بدل الصلح على قدر الدية لان الواجب
هو القصاص وهو ليس بمال فكان التقويم بالعقد فيتقوم بقدر ما اوجبه الصلح قل او كثر
بخلاف ما اذا صالح على اقل من ذلك لانه اسقاط لبعض الحق فكان جائزا وهذا اذا
صالح على احد مقادير الدية فان صالح على غيرها صح لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض
في المجلس ليخرج من ان يكون دينا بدين ولو قضى القاضي بنوع من الابل فصالحه على اكثر منه
بعينه صح لان القاضي عين الوجوب في الابل فخرج غيره من ان يكون واجبا فكان ما يعطي عوضا
عن الواجب فيصح اذا كان يدا بيد بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة
القضاء في حق التعيين فلا يصح الزيادة على ما تعين شرعا ولا يصح من دعوى حد حتى لو اخذ
زانيا او سارقا او شارب خمر فصالح على مال على ان لا يرافعه الى السلطان فهو باطل
ويرد ما اخذ لانه حق الله تعالى لا حق العبد والاعتياض عن حق الغير لا يصح ولهذا قلنا
اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها منه فقال انه ابنها وجحد الرجل فصالح من
النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب حق الولد لاحتياجه اليه لا حقها
فلا تملك الاعتياض لا اسقاطه وكذا لو كان لرجل ظلة وكنيف على طريق العامة فخاصمه
رجل واراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان الحق في ذلك لجماعة المسلمين
فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد وانما يكون لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة
بخلاف ما لو كان على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق
مملوكة لاهلها ويندرج تحته حد القذف حتى لو قذف رجلا فصالحه على مال على ان
يعفو عنه فهو باطل لان المغلب فيه حق الله تعالى فلا يصح الاعتياض عنه ويصح عن دعوى
نكاح ويكون خلعا وهذا على وجهين احدهما ان يدعي رجل على امراة نكاحا وهي تجحد
فصالحته على مال حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لان الصلح يجب اعتباره
باقرب العقود اليه احتيالا لصحته لما امكن وعقد براءته واخذ المال عن ترك البضع
هو الخلع فصار في حق المدعي بمعنى الخلع بناء على زعمه وفي حقها بذل المال لدفع الشغب
والخصومة وتخليص النفس عن الوطء الحرام فلا يحل له اخذ البدل فيما بينه وبين ربه
اذا كان مبطلا في دعواه والثاني ان تدعي امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال جاز

لانه يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط الاصل دون الزيادة
هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز لانه اذا بذل لها المال لترك
الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض في الفرقة من جانب الزوج اذ لا
يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المراة التي يسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج وان لم
يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى ويكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذ
عوضا عن شيء فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده ويصح
عن دعوى رق اي اذا ادعى على مجهول انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال
اعطاه جاز ويجعل في حق المدعى عليه بدلا لدفع الخصومة وتخليص النفس عن
الدعوى وفي حق المدعي كانه اعتقه على مال ولهذا لو صالح على حيوان في الذمة الى اجل جاز
لان في زعم المدعي انه بدل عن العتق فيتنزل منزلة الكتابة فيصح على حيوان في
الذمة الا انه لا ولاء للمدعي لانكار المدعى عليه الا ان يقيم المدعي بعد ذلك بينة فتقبل بينته
على اثبات الولاء ويثبت الولاء ولو قتل عبد مأذون رجلا عمدا فصالح العبد عن
المأذون عن عنقه جاز ولو قتل العبد المأذون رجلا عمدا فصالح عن نفسه لا يجوز والفرق
ان العبد المأذون مأذون في التصرف في مال التجارة والعبد الذي من كسبه مال التجارة
فملك التصرف فيه وبالقتل صار كالمستحق فاذا صالح فصار كانه اشتراه فصح اما هنا
العبد المأذون نفسه فليس بمال التجارة ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا ولهذا اختلط
بمال المولى لانه لا زكوة لمولاه في رقبته وانما عليه صدقة الفطر فصار
التصرف في رقبته الى سيده لا اليه ومن غصب ثوبا او عبدا قيمته عشرة واستهلكه
فصالحه منه على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته
مما لا يتغابن الناس فيه ويلزمه رد الزيادة لان الواجب باتلاف الثوب او العبد
او تلفهما القيمة وهي مقدرة من النقود شرعا فتصير الزيادة عليها ربوا فيعدم ما يقابلها
كما لو وجبت الدراهم بسبب البيع ثم صالحه زيادة على ما وجب بخلاف ما لو
صالحه على عوض لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيجوز ولا يلزم الغبن
اليسير لانه مما يدخل تحت التقويم فلا يظهر الفضل وله ان المغصوب
بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة بدليل

انه لو اجاز رب النصيب بقي العبد هالكا على ملكه حتى يكون الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد من اباقه
كان مملوكا له ولو كان نصف شيئه يتعلق بها حق بعد موته يكون للمغصوب منه وانما ملك
الكسب بملك الاصل اوجبه في المثل صورة ومعنى اذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد
بالمثل كما نطق به النص وايجاب الحيوان والثوب في الذمة يصح كما في النكاح والدية وانما ينتقل
الى القيمة لعجزه عن المثل صورة ومعنى لا القيمة بقضاء القاضي فقبله اذا تراضيا على الاكثر
كان بدل الصلح عوضا عن هالك او عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربوا كما لو كان
العبد او الثوب قائما بخلاف ما لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالحه على اكثر من القيمة لان الحق
قد انتقل بالقضاء الى القيمة وبخلاف ما اذا كان العبد بين رجلين واعتقه احدهما وهو موسر
فصالحه الاخر مع المعتق على اكثر من نصيبه فالفضل باطل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص
عليه قال عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب
شريكه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما نحن
لانها غير منصوص عليها فلم يتم تقديرها لاجل العذر فان قيل لو صالحه على طعام موصوف في
الذمة الى اجل لا يجوز ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف
بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابلة القيمة يكون مبيعا قلنا انما لا يجوز لان العبد المستهلك
لا يوقف على اثره ولا يوقف على انه يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام ولهذا لم
يجز الصلح على طعام مؤجل لا لان الطعام بدل عن القيمة ولهذا لو صالحه على طعام موصوف
في الذمة حالا او قبضه في المجلس جاز ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند
الانسان

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح صح ولزم البدل الموكل ولا يلزم الوكيل وهذا اذا كان الصلح
عن دم العمد او على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه
سفيرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمن الوكيل بدل الصلح لانه حينئذ
يكون مؤاخذا بالضمان لا بالصلح اما اذا وكله بالصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع
فيكون المطالب بالمال الوكيل دون الموكل لان الحقوق فيه ترجع الى الوكيل وان صالح
عنه رجل بغير امره فهو على وجوه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه

البراءة والساقط يتلاشى ويضمحل فاستوى الفضولي والمدعى عليه فيه وصح ان يكون اصيلا
في الضمان اذا اضاف الى نفسه كالزوج اذا خالع امرأته مع رجل اجنبي على ضمن ذلك
الاجنبي فان بدل الخلع يكون عليه فكان اصيلا في الضمان ويصير متبرعا على المدعى
عليه باسقاط الخصومة عنه كما لو تبرع بقضاء الدين عنه بخلاف ما لو كان بامره ولا يكون
لهذا المصالح شيء من المدعى وانما هو في يد المدعى لان تصحيح الصلح بطريق الاسقاط والمسقط للمدعى
يكون متلاشيا ولا يسلم له شيء ولا فرق بين ان يكون المدعى عليه مقرا او منكرا لانه يصير
متبرعا عليه بهذا العقد فصار كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما لو كان المدعى عينا والمدعى
عليه مقر فانه يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان الفضولي يصح شراؤه من المالك وان
كان في يد غيره فاما شرى الدين من صاحبه لا يجوز لانه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين
وكذا لو اضاف الصلح الى ماله بان قال صالحتك على الفي هذا او عبدي هذا فالعقد
واقع مع الفضولي تم ولزمه تسليم المال اليه لانه اذا اضاف بدل الصلح الى نفسه
فقد التزم التسليم من ماله فتم العقد بقوله وكذا ان اطلق بان قال على الف ونقد لان التسليم
الى المدعي يقتضي سلامة العوض للمدعي فاذا سلم له العوض وهو مقصود من هذا العقد
صح العقد ولو قال صالحتك على الف فالصلح موقوف فان اجازه المدعى عليه صح ولزمه
الالف وان رده بطل لان الاصل في العقد المدعى عليه لان النفع وهو دفع الخصومة
حصل له وانما يصير الفضولي اصيلا في هذا العقد اذا اضاف الضمان الى نفسه فاذا
لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته وقيل ينفذ على المصالح
كما لو قال صالحتك ولو قال صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه
تم بقبوله لانه اذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد تاما
بقبوله ولو استحق هذا العبد او وجد به عيبا فرده او وجده حرا او مدبرا او مكاتبا
فلا سبيل له على المصالح ولكن يرجع في دعواه لان المصالح لم يضمن للمدعي شيئا وانما التزم
الايفاء من محل بعينه فان سلم ذلك المحل له تم الصلح وان استحق لم يرجع عليه بشيء لانه
لم يلتزم شيئا سوى ما عين ولو صالحه على دراهم مسماة وضمنها له ودفعها اليه فاستحقت
او وجدها زيوفا او ستوقة فله ان يرجع على الذي صالحه دون المطلوب لان المصالح
التزم المال بالعقد وصار دينا في ذمته حيث ضمنه ولهذا لو امتنع من التسليم جبر عليه

وبالرد بهذه الاسباب ينقض القبض لا اصل العقد فيعود الحكم الذي كان قبل القبض وهو المطالبة بتسليم الجياد
بسبب التزامه والله اعلم ٥

باب الصلح في الدين وغيره

كل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينه لم يحمل على المعاوضه وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه
واسقط باقيه اي اذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد مداينه
حرف سماه ان الصلح اسقاطا لبعض حقه واسقاطا للبعض لا معاوضة حتى اذا كان على اخر
الف درهم فصالحه على خمسمائه او كان له على اخر الف جياد ثمن جاريه فصالحه على خمسمائه زيوف
فانه يجوز وكانه ابراه من بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل البالغ يصحح ما امكن ولا امكن بصحته
معاوضه لما فيه من الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في المسئلة
الثانيه لان عين هذه الخمسمائه كانت مستحقه بذلك العقد الذي يدعى الدين عليه ولو
صالحه على الف مؤجل جاز وهو تاخير لانه لا يمكن جعله معاوضه لان بيع الدراهم بالدراهم
نسيئه لا يجوز فلا بد من حمله على التاخير ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائه
درهم حاله او الى شهر صح الصلح ويعتبر حطا للدنانير كلها وبعض الدراهم وتاجيلا للبعض
لا معاوضه لان معنى الاسقاط الزم في الصلح ما دام امكن ان يجعل حطا او اسقاطا لم يعتبر
معاوضة وان صالح عن الف درهم وعشرة دنانير على الف درهم وعشرة دراهم على
ان ينقد خمسمائه والباقي الى اجل ثم نقد خمسمائه في المجلس صح عند ابي يوسف لان المقبوض
يجعل من الصرف وغيره وعند محمد لا يصح لان العقد في الدنانير صرف فقد صار التاجيل شرطا
في الصرف فافسده ولو صالحه عن الف على دنانير موجله الى شهر بطل لان الدنانير
غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على تاخير حقه فيحمل على المعاوضه وبيع الدراهم
بالدنانير نسيئا لا يصح فلهذا بطل الصلح ولو كان له الف موجل فصالحه على نصفه حالا بطل
لان المعجل غير مستحق بعقد المداينه اذ المستحق بالعقد هو الموجل والمعجل خير منه فقد وقع
الصلح على ما لم يكن مستحقا بعقد المداينه فصار معاوضةً والاجل كان حق المديون
وقد تركه بازاء ما حط عنه من الدين فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام الا ترى ان ربوا
النساء حرام لشبهة مبادلة المال بالاجل فلان يحرم حقيقته اولى وان صالح عن الف
سود على خمسمائه بيض بطل لان البيض غير مستحقه بعقد المداينه لان من له السود لا
يستحق البيض وقد صح على ما لا يستحق بعقد المداينه فكان معاوضه الالف بخمسمائه

وزياده وصف الجوده وذلك ربوا بخلاف ما لو صالح على قدر الدين وهو اجود لانه مبادله المثل
بالمثل والجوده ساقطه العبرة في الاموال الربويه بالنص الا انه يشترط القبض في المجلس لانه صرف
ولو ادعى شاه فصالحه على صوفها على ان يجزه الان بطل لانه لا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه
وقال ابو يوسف يجوز لانه صلح بمعنى اخذ بعض حقه وترك بعض حقه وهو معلوم ظاهرا بخلاف
اللبن والولد لانه باطن ولو صالحه على صوف على ظهر شاه اخرى لم يجز لانه ليس بعض حقه
ولو اشترى طعاما فوجد به عيبا فصالحه على ان زاده طعاما من غير جنس الطعام الاول الى
اجل وكان ثمن الكل غير مقبوض فقبض في المجلس بطل عند ابي حنيفه خلافا لهما لان بعض الدراهم
يصير في مقابلة الطعام الاول وبعضها بالثاني وهو موجل في حكم السلم واعلام قدر راس
المال شرط عنده خلافا لهما ومن له على اخر الف درهم فقال ادفع الي غدا منها خمسمائه
على انك بري عن الفضل ففعل فهو بري وان لم يدفع اليه خمسمائه غدا عاد الالف اليه عند ابي حنيفه
ومحمد وعند ابي يوسف لا يعود عليه لان الابرا حصل مطلقا فيثبت البراءة مطلقا كما لو بدا
بالابراء وهذا لانه لم يذكر للابراء عوضا سوى النقد في الغد والنقد في الغد لا يصلح
عوضا عن الابرا لانه دان واجب عليه للطالب قبل الصلح بحكم المداينه وما هو واجب
للطالب قبل الصلح لا يصلح عوضا في الصلح واذا لم يصلح عوضا صار ذكره والعدم بمنزله
وكان الابرا حاصلا مطلقا فلا يعود بعدم النقد ولهما ان الابرا يتقيد بشرط مرغوب
فيتعلق بثلاثته ويفوت بفواته كما لو ابراه بشرط ان يعطيه بالباقي رهنا او كفيلا
فلم يعطه فان المال عليه كذا هاهنا وهذا لانه بدا بتعجيل خمسمائه وادى بها غدا ولعل له رغبه
في ذلك خوفا من افلاسه اولا لان الانسان قد يحتاج الى الاموال في بعض الاوقات
لتجاره رابحه او غيرها فيحط بعض الدين ليتسارع المديون الى ايفاء الباقي وقوله على انك
بري خرج مخرج الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط عند تعذر الحمل على المعاوضه
لان على تجيء للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا فلم يصر الابرا
مطلقا بالشك وهذا هو المتعارف بين الناس تفاديا عن المماطله والابراء يتقيد بالشرط
وان لم يتعلق به كالحواله فانها مقيده بشرط السلامه حتى لو مات المحتال عليه مفلسا
يعود الدين الى ذمة المحيل والجواب عن البداية بالابرا ياتي في الوجه الثالث وهذه
المسئلة على وجوه احدها ما بينا والثاني ان يقول صالحتك من الالف على خمسمائه تدفعها الي غدا

وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وان نقد خمسمائة غدا بقي الابرا
ماضيا وان لم ينقد بطل الابرا بالاجماع لانه اتى بصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل والثالث ان
يقول ابراتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا وهنا الابرا واقع اعطى خمسمائة
غدا او لم يعط لانه اطلق الابرا واداء خمسمائة غدا لا يصلح عوضا ولكنه يصلح شرطا فوقع
الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد بخلاف ما اذا بدا بالاداء لان الابراء حصل مقرونا
بالاداء من حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا
يثبت الاطلاق بالشك ٥ والرابع ان يقول ادّ الي خمسمائة على انك بريء من الفضل
ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان الابرا حصل مطلقا
لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لم يكن الاداء عوضا لوجوبه في مطلق الازمان فلم يتقيد به
ولا يحصل عوضا بل يحمل على المعاوضة بخلاف ما مر لان له غرضا صحيحا في الادا في الغد
والخامس ان يقول اذا اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت والجواب انه
لا يصح الابرا المعلق بالشرط وتعليق البراءة بالشرط صريحا باطل لقوله ان دخلت الدار فقد ابراتك
لان البراءة اسقاط حتى لا يتوقف على القبول فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد والتمليكات لا
تحتمل التعليق بالشرط والاسقاط يحتمل ذلك فلمعنى التمليك قلنا اذا صرح بالتعليق
بالشرط لم يصح ولمعنى الاسقاط اذا لم يصرح بالشرط يتقيد به ومن قال لاخر لا اقر لك
بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز التاخير او الحط لانه تصرف صدر من المالك لا عن
اكراه لانه بهذا لا يصير مكرها لانه يمكنه دفع هذا باقامة البينة او الاستحلاف لينكل
الا ترى ان الصلح على الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الاكراه لما قلنا وهذا اذا قال له
سرا حتى لو قال له علانية يؤخذ به ٥

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء
اخذ منه نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف
الدين واصله ان الدين المشترك اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في
المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ المقبوض خير من الدين لان الدين ليس بمال في
الاصل وانما يصير مالا باعتبار المال وهو القبض وهذه الزيادة مستندة الى اصل
الحق واصل الحق كان مشتركا فكذا الزيادة بمنزلة الولد والثمرة فكان له ان يشاركه

في المقبوض ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان حق الشريك في الدين والمقبوض
عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء عن غريمه
ويضمن لشريكه حصته لان حق المشاركة كان ثابتا والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب
واحد كثمن مبيع اذا كانت صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة
المستهلك المشترك اذا ثبت هذا فنقول له ان يتبع الغريم بنصيبه لانه كان عليه ولم
يستوفه فيبقى في ذمته اذ القابض قبض نصيبه الا ان له حق المشاركة فله ان لا يشاركه
وان شاء اخذ نصف الثوب لان الصلح وقع على نصف الدين وهو شايع لان قسمة الدين
حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على اجازته واخذ
النصف دلالة على اجازة العقد فيصح ذلك الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه
في ربع الدين ولو استوفى نصفه او نصف نصيبه من الدين لشريكه ان يشركه فيما
قبض لما بينا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لان المقبوض اذا صار مشتركا بينهما فلا بد ان
يكون الباقي على الشركة كما كان ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا فللشريك ان
يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا فصار كقبضه نصف الدين فيكون
لشريكه ان يرجع عليه بالربع وهذا بخلاف الصلح لان مبناه على الحط والاغماض
ولهذا لم يملك بيعه مرابحة وكان المصالح بالصلح ابراء عن بعض نصيبه وقبض البعض فمتى
الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به المصالح لانه لم يستوف نصف الدين كملا فلذا خيرناه
بخلاف الشرى لان مبناه على المماكسة والمضايقة فصار به مستوفيا نصف الدين
كملا بالمقاصة من نصيبه من الدين فلو الزمناه دفع ربع الدين لا يتضرر به ولا سبيل
للشريك على الثوب في الشرى لانه ملك الثوب بالشرى والدين انما صار مقبوضا
بالمقاصة من حيث ان ثمن المشترى وجب عليه فصار قصاصا بالدين وللشريك ان
يتبع الغريم بجميع ما ذكرنا لان القابض قبض حقه الا ان له حق المشاركة فله ان لا
يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى الدين الذي على الغريم له ان يرجع على الشريك
ويشاركه لانه ما رضي بسلامة المقبوض له الا بسلامة حقه من الغريم فاذا لم يسلم عاد
حقه الى المقبوض ولو كان للمطلوب على احد الطالبين دين بسبب قبل ان يجب
لهما عليه وصار قصاصا فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه قضى

دينا حال عليه ولم يقبض لان الاصل في الدين اذا التقيا قصاصا ان يصير الاول مقضيا بالثاني
والمشاركه انما تثبت بالاقتضا ولو ابراه عن نصيبه لم يضمن لشريكه شيئا لان الابراء اتلاف
وليس بقبض فلم يزدد نصيب المشتري بابراه فلا يرجع عليه ولو ابراه عن البعض كانت قسمه
الباقي على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر ولو غصب احدهما عينا منه
او اشتراه شرى فاسدا او هلك في يده فهو قبض لان الضمان يجب عند الهلاك
مستندا الى سببه فثبت الملك له فله ان يضمنه واستاجر احد الشريكين بنصيبه قبض
حتى يرجع عليه شريكه عندهم لحصول القبض بالمقاصه والاحراق ليس بقبض عند ابي يوسف
خلافا لمحمد حتى لو احرق احدهما متاع المطلوب فليس للشريك ان يرجع عليه بنصفه
عند ابي يوسف لانه لم يصل اليه بهذا الفعل مال فلا يرجع عليه شريكه بشي
وعند محمد يرجع عليه لوقوع القبض بطريق المقاصه ويرجع احدهما على حصته من الدين اذا
كان الدين لهما على امراه الملاف في ظاهر الروايه حتى لا يرجع عليه صاحبه بشي لانه لم
يسلم له شي يمكنه المشاركه فيه اذ البضع لا يحتمل الشركه فصار كما لو ابرا وعن ابي
يوسف انه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصه وكذا الصلح عن جناية العمد لا
لانه لم يملك شيا متاينله فالا للشركه وانما صار متلفا النصيبه فلا يملون للاخر ان
يرجع عليه ٥ ويبطل تاجير احدهما نصيبه عند ابي حنيفه وصح عندهما لانه ابرا مقيد
فيعتبر بالابرا المطلق وله انه يودي الى قسمة الدين قبل القبض لانه يصير نصيب
احدهما من الاخر يتعجل احدهما يتاجل الاخر وقسمه الدين قبل القبض لا يجوز لان
في القسمه معنى التمليك لان ما ياخذ احدهما بعضه كان له وبعضه كان لشريكه فهو
ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يصح
وهذا الخلاف ابرا نصيبه لانه لا يبقى نصيبه بعد الابراء وانما يتحقق القسمة مع بقاء نصيب
كل واحد منهما رجلان اسلما في كر طعام ثم صالح احدهما من نصيبه على راس المال
لم يجز عند ابي حنيفه ومحمد وعند ابي يوسف يجوز واجمعوا انه يتوقف الصلح عندهما
على اجازة صاحبه فان اجازه بعد علمهما كانهما صالحاه وكان ما قبض بينهما وما بقي من
السلم بينهما فان رده يبطل اصلا وبقي الطعام كله بينهما وعند ابي يوسف الصلح
جائز على المصالح اجازه صاحبه او لم يجز وصاحبه بالخيار ان شا شاركه فيما قبض

منها ان المطلوب فياخذ نصفه مما بقي وان شا اتبع المطلوب بحصته له انه دين يجوز الصلح
عنه كما اذا صالح احدهما في الدين مع المديون عن نصيبه على بدل فانه يجوز وهو الاخر
ان شاركه في المقبوض وبين ان يتبع المطلوب كذا هنا وهذا لانه عاقد فيملك
الفسخ في نصيبه فقط كما لو اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه فانه يجوز بدون
رضى الاخر ولهما انه لو جاز في نصيبه فقط يصير قسمة الدين قبل القبض ولو جاز
في نصيبهما يفتقر الى اجازة الاخر لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضاه بخلاف الاقاله
في بيع العين لان ذلك تصرف في الحكم فيجعل له الفاء لم يكن مفضيا الى ابطال العقد اذ الحكم
في حال البقا يستغني عن العقد وهذا التصرف في ابطاله واقع في العقد وهو منعقد
بينهما فلا يجوز ان ينفرد احدهما بالابطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته اذ
حال الدين لهما له الوجوب الى ان يقبض والحكم يفتقر الى العله ثبوتا ولانه لو جاز
الصلح من احدهما يودي الى انه يسقط حق رب السلم حق المسلم فيه ويتقرر في راس
المال ثم يعود في المسلم فيه وذا لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم اراد فسخ الاقاله فانه لم يجز
خلاف بيع العين وهذا لان الاخر اذا اختار المشاركه في المقبوض مع المصالح كان ما
بقي من طعام السلم مشتركا وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في راس
المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو عاد لعاد بعد بطلان الاقاله
والاقاله في باب السلم لا تحتمل الابطال قالوا هذا الخلاف فيما اذا خلطا راس المال
فان لم يخلطاه فعلى النكته الاولى هو على الخلاف ايضا وعلى النكته الثانيه على
الاتفاق اي جوابهما هنا كجواب ابي يوسف لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركه الساكت
مع المصالح في المقبوض ولم يثبت له حق المشاركه هنا اذ لم يكن بينهما شركه فيما نقد من
راس المال والصحيح ان الخلاف في الفصلين لان الا ان عدم جواز الصلح لم يتعلق
وهنا بعله واحده وزياده في السلم وحطه اي اذا اسلم في كر بر ثم اصطلحا
ثم اصطلحا على ان يزيد المسلم اليه نصف كر بر الى ذلك الاجل لم يصح الزياده اجماعا
لانها لو صحت لبطلت من حيث يجوز اذ لو جاز يصير بعض راس المال في ذلك السلم
حتى يجعل بازاء هذه الزياده واذا صح صار دينا على المسلم اليه فيصير كانه اسلم دينا
كان عليه وذا لا يجوز واذا لم يجز فعلى هذا المسلم اليه ان يرد ثلث راس المال

رب السلم وعليه كر بر عند ابي حنيفه وعندهما الاردشا من راس المال وعليه كر بر لان اخراج بعض
بعض راس المال كان حكما للزياده فلما لم يصح الزيادة لم يصح اخراج شي منه وهو على حاله وله
انهما قصدا اشتيين اخراج بعض راس المال عن السلم وادخاله في هذه الزياده والادخال لم
يصح ولكن الاخراج قد صح فنرد ذلك ولو قال رطلان للخزانة الحكم بيننا في اول الشهر
او قال مسلمان لذمي اذا اسلمت فانت الحكم بيننا لم يصح حتى لو اسلم او جاء اول الشهر لم
يحكمه عند ابي يوسف لان التحكيم من باب المصالحه وتعليق الصلح بالاخطار لا يصح
ثم لو قال اذا جاء غد فقد صالحتك على كذا او قال محمد يصح حكما عند وجود الشرط
لانه تفويض فصار كالوكيل فيصح اضافته وتعليقه ويبطل صلح المودع بعد قوله ضاعت
الوديعه او رددتها اليك وكذا لو قال الاجير الخاص هلك ما كان في يدي امانه او
رددته اليك لانه امين فيستحق ما اجرته لان الامين مصدق فيما يقوله فصار
سوبه بقوله لثبوته بالبينه ولو سبق ذلك بانه لم يصح صلحه بعد ذلك فكذا اذا ابتدا بجحده
وقال محمد يصح لان الصلح لقطع الخصومه والخصومه هنا ثابته ولحق المرافعه الى الحكام
والله اعلم

فصل في التخارج

واذا كان التركه بين ورثه فاخرجوا احدهم
منها بمال اعطوه اياه والتركه عقار او عروض صح قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا
لانه امكن تصحيحه بيعا وروي ان عثمان رضي الله عنه صالح تماضر امراة عبد الرحمن
بن عوف على ثلثه وثمانين الف دينار وكان له اربع نسوة واولاد فخصها ربع الثمن
فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعه وستين جزا وكان ذلك بحضرة الصحابه
فحل محل الاجماع وان كانت التركه ذهبا فاعطوه فضه او كانت فضه فاعطوه
ذهبا فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يشترط التساوي ويعتبر
التقابض في المجلس لانه صرف فان كان الذي في يده بقية التركه جاحدا اكتفى
بذلك القبض لانه صار غاصبا لنصيبه وقبض الغصب ينوب عن قبض الصلح
وان كان مقرا غير مانع لنصيبه فلا بد من تجديد القبض وهو ان يرجع الى الموضع فيه
العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه لانه قبض امانه فلا ينوب عن قبض الصلح
لانه قبض ضمان والاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر وان اختلفا
ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون وان كانت التركة

ذهبا وفضة وغيرهما فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون المعطى اكثر من نصيبه من ذلك الجنس
ليكون نصيبه بمثله والزياده بحقه في بقية التركه تحرزا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه
من الذهب او الفضه لانه صرف في هذا المقدار ولو كان بدل الصلح عرضا صح مطلقا لعدم
الربوا ولو كان في التركه دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا صح الصلح كيف ما كان
صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع والصلح احق به اذ المقصود به قطع النزاع لما في امتداده
من الفساد والله لا يحب الفساد ولكن يشترط التقابض لانه صرف قال الحاكم انما يبطل الصلح
على مثل نصيبه او اقل من مال الربوا في حال التصادق فاما في حال المناكره فالصلح جائز
لانه يعطي المال لدفع الخصومه فلا يتمكن الربوا وقيل انه باطل في الوجهين لانه معاوضه في حق
المدعي فيتمكن فيه الربوا واذا كان في التركه دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح
عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لانه تصير مملكا نصيبه من الدين من سائر الورثه فتمليكهم
من الغير وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وان كان بعوض واذا بطل في حصة الدين
بطل في الكل وهو دليل لابي حنيفه عليهما في مسئلة البيوع ان العقد الواحد اذا فسد في
بعض المعقود عليه فسد في الكل ثم قيل هذا قوله وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين
وقيل هو قول الكل والفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن واحدٍ وان
شرطوا ان يبرئ الغرماء عنه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح صح الصلح لانه تمليك الدين ممن
عليه الدين وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيب المصالح من مالهم بطريق التبرع
ثم يصالحوا على ما بقي من التركه فانه يجوز وفي الوجهين ضرر بقية الورثه والاولى ان يقرضوا
المصالح قدر نصيبه من الدين ويصالحوه عما وراء الدين ويحيلهم المصالح على استيفاء نصيبه
من الغرماء ويقبلون ذلك ولو لم يكن في التركه دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل
والموزون قيل لا يصح لاحتمال ان يكون في التركه مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل
الصلح فيكون ربوا وقيل يصح لانه يحتمل ان لا يكون في التركه من جنس بدل الصلح وان كان
فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار
شبهه الشبهه وهي ساقطة الاعتبار ولو كانت التركه غير المكيل والموزون ولكنها
اعيان غير معلومة قيل لا يصح لانه بيع لان المصالح عنه عين وبيع المجهول لا يصح والاصح
انه يصح لان الجهاله غير مفضية الى المنازعة لانه لا يحتاج الى التسليم وبيع ما لم يعلم البايع

والمشتري مغرور اذا كان لا يحتاج فيه الى التسليم صحيح الا ترى انه لو اقر انه غصب من فلان شيئا
او اقر ان فلانا اودعه شيئا ثم اشترى ذلك الشيء من المقر له جاز وان كان الا يعرف
مقدار كذا هنا كذا في التتمة ولو كان على الميت دين محيط لا يصح الصلح ولا القسمة لان الورثة
لم يتملكوا التركة اذ الارث انما يجري في المال الفارغ عن حاجة الميت فاذا كان عليه دين
مستغرق كان مشغولا لحاجته فمنع الارث وان لم يكن مستغرقا لم ينبغ ان يصالحوا ما لم يقضوا
دينه بعد لما فيه حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز لان القليل لا يمنع الارث لان التركة لا تخلو عن
قليل دين فلو امتنع الارث به لامتنع الارث في كل التركات وفيه ضرر بين بالورثة وذكر
الكرخي في القسمة انما لا نجوزها استحسانا ونجوزها قياسا **فصل** صالح عن دم عمد
على عبد فظهر ان احدهما حر فالعبد كل الحق عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف له العبد
وقيمة الحر لو كان عبدا وعند محمد له العبد وتمام ارشه من الدراهم وقد مر نظيره في النكاح
وان صالح عن حق مجهول على امة فاستولدها فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وعقرها
وقيمة ولدها ورجع المدعي بالدعواه لانتقاض الصلح فان اثبت الدين بالبينة او بنكول
المدعى عليه عن اليمين رجع عليه بحقه وهو المدعى وبقيمة الولد لانه لما ثبت الحق ظهر
انه معاوضة فيظهر احكام المعاوضة وكذا لو صالح عن دم عمد على امة واستولدها
الا انه هنا اذا اثبت الحق بالبينة او بالنكول رجع عليه بقيمة الامة لان الصلح لا يبطل
بالاستحقاق فبقي الموجب لتسليم البدل وقد عجز عن تسليم بدل الصلح وهي الامة فيقضي بقيمتها
وفي الدين يظهر انه يبطل الصلح بالاستحقاق ويرجع المدعي ولو صالح عن امة على امة
واستولد كل واحد الامة واخذ الامة التي في يده فاستحق التي اخذها المدعي رجع
في دعواه فاذا اثبت بالبينة او بالنكول رجع بقيمة المدعاة لتعذر ردها بهلاكها بالاستيلاد
وبقيمة الولد لانه ظهر ان الصلح كان معاوضة فكان ملتزما سلامة الولد وان استحق
المدعاة رجع المدعى عليه على المدعي بقيمة الامة التي دفعها الى المدعي فقط لانه
انتقض الصلح وظهر ان المدعي اخذ بحكم عقد فاسد فيجب عليه ردها وقد تعذر ردها
بالاستيلاد لانه صح بناء على ظاهر الملك فيغرم القيمة ولا يرجع على المدعي بما ضمن من قيمة
الولد لانه يزعم انها ما وصلت اليه من المدعي وكان منكرا لوجوب الضمان عليه ولو
رفع الصلح على ان يسلم المدعى عليه الامة الى المدعي ويأخذ منه امته واستولد كل واحد

امته فكل واحد مغرور لانه معاوضة من الجانبين لان كل واحد اخذ ملك الغير ظاهرا
فيرجع كل واحد عند الاستحقاق على صاحبه بما ضمن من قيمة الولد وقيمة الامة لتعذر
ردها بالاستيلاد ولو كان المدعى دارا فصالح على دار وبنى كل واحد منهما بناء فالدار
كالامة والبناء كالولد في التزام السلامة والحكم في رجوع كل واحد منهما على صاحبه بقيمة
بنائه عند الاستحقاق كما مر في الولد حر مشتراه او وجهها من رجل ولم يخبر انها حرة
او امة فاستولدها فاستحقت وغرم العقر وقيمة الولد لم يرجع الاب على المولى بما ضمن
لانه لم يغره فان اولدها المشتري بنفسه قبل العتق ثم اعتقها وزوجها فولدت ثم استحقت
غرم للمستحق عقرا واحدا لان الوطيات المتكررة لا توجب الا عقرا واحدا كما في النكاح
الفاسد وقيمة الولدين لغروره فيهما ورجع على البائع بقيمة الولد الاول دون الثاني لانه
استولدها بالنكاح وهو انما ضمن السلامة بالبيع لا بالنكاح ٥ اختلفا في ساحة يدعي
كل واحد انها له وفي يده لم يقض لاحدهما بملك ولا يد الا ببينة لان دعوى كل واحد
معارض بدعوى الاخر فان سلمها احدهما لصاحبه بعبد وقبضه فبنى الاخر وسكن فاستحق
العبد او وجد حرا بطل الصلح ويعود كل واحد منهما الى دعواه وليس له ان ينقض بناء
صاحبه ولا يمنعه من السكنى حتى يثبت بالبينة لانه لم يعرف تعديه كما قبل الصلح
ولو اشترى منه بعبد فبنى وسكن ثم استحق اجبر على نقض البناء لان الاقدام على
الشراء اقرار بانه لا ملك له وانما ملكها بالعقد وقد انتقض ولو تنازع في
ساحة لم يجز لانه ليس بينهم صلح ولا شرى لان المال على دعواه فيعجز صاحب العبد عن
تسليم الساحة وبطل حق المشتري لانه بالشرى اقر انه لا ملك له فانقطعت خصومته
منه والله اعلم

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى واخرون يضربون في الارض
يبتغون من فضل الله يعني بالضرب السفر للتجارة وفي الشرع عبارة عن عقد على الشركة
بمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر والمراد الشركة في الربح وهي تستحق بالمال
من احدهما والعمل من احدهما ولا مضاربة بدون الشركة في الربح حتى لو شرط الربح
كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط كله للمضارب كان قرضا وهي مشروعة بالتوارث
لان الضرب في الارض قد يكون بمال نفسه وقد يكون بمال غيره ولا فضل فيه فهو علمها

وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونها فقررهم عليها فانه عليه السلام بعث والتجار في زمانه
فلو لم تكن مشروعة لمنعهم عنها واجماع الامة ومساس الحاجة اليها فان الانسان قد يكون
غنيا بالمال غبيا بالتجارة فيه وقد يكون مهتديا بالتجارة ولا مال له فيحتاجان الى الشركة
على هذا الوجه ليستعين هذا بمال ذلك وذا باعمال هذا لينتظم مصلحتهما ويحصل الربح
لهما وركنها الايجاب والقبول وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة
وغصب فهذه احكام تبنى عليها فيجب ان يعطى كل حكم منها في وقته فنقول وبالله
التوفيق فالمضارب اولا امين لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة
بخلاف القبض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند
الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه له بامره حتى يرجع بما يلحقه من العهدة على رب المال
كالوكيل واذا ربح فهو شريك له في الربح لانه يحصل بالمال والعمل فاشتركا فيه واذا فسد
فهو اجير حتى استوجب اجر المثل لان المضارب عامل لرب المال في ماله فصار ما شرط
له من الربح كالاجرة على عمله واذا خالف فهو غاصب ضامن لتعديه على مال غيره وان
اذن بعده كالمستبضع اي المضارب اذا اشترى عبدا ثم باعه وتصرف فيه ثم اجاز رب
المال فانه لا اثر لاجازته فالمستبضع مثله وعند مالك الاجازة في الانتهاء كالاذن في
الابتداء وشرطها ان يكون راس المال من الاثمان فلا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة
كما مر ولو دفع اليه عرضا وقال له بعه واعمل مضاربة في ثمنه فباعه بدراهم او دنانير وتصرف فيها
صح لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما اضافها الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة
الى زمان المستقبل يجوز لانه وكالة او وديعة او اجارة فليس شيء من ذلك ما يمنع صحة
الاضافة الى المستقبل وان يكون راس المال عينا لا دينا لان المضارب امين ابتداء ولا
يتصور ان يكون امينا فيما عليه من الدين لان الدين مضمون على المديون فلو كان له دين على
ثالث فقال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لانه اضاف المضاربة الى زمان
القبض وفي تلك الحالة صار الدين عينا وهو يصلح ان يكون راس المال بخلاف ما لو قال اعمل
بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف حيث لا يصح المضاربة اجماعا لما مر فلو اشترى
به وباع فجميع ذلك للمشتري والدين في ذمته بحاله عند ابي حنيفة لعدم صحة التوكيل
عنده فوقع الشراء للمامور وعندهما يلزم مشتريا للامر لصحة التوكيل عندهما كما مر في

الوكالة فصار المضاربة بعد ذلك بالعرض فلا يصح وان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما
دراهم مسماة لان هذا يقطع الشركة في الربح لجواز ان لا يحصل من الربح الا قدر ما شرط له
واذا لم يتحقق الشركة في الربح لا يتحقق المضاربة لانها جوزت بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة
في الربح واذا شرط للمضاربة ما يقطع الشركة لم يكن في معنى ما ورد به النص فرد الى ما يقتضيه
القياس فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المسمى
المشروط للفساد فصار الى اجر المثل ضرورة والربح لرب المال لانه نماء ملكه وكذا
الحكم في كل مضاربة لم تصح ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد
لما مر في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في المضاربة الفاسدة في رواية الاصل لان
الواجب اجر والاجر يجب بتسليم المنفعة او العمل وقد وجد فيجب الاجر وعن
ابي يوسف انه اذا لم يربح فلا اجرة له لان المضاربة الفاسدة لا تكون اقوى من الصحيحة
واذا لم يستحق شيئا في المضاربة الصحيحة عند عدم الربح ففي الفاسدة اولى والمال في
المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالمضاربة الصحيحة ولانه عين استوجر
المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الواحد وكل شرط يوجب جهالة في
الربح يفسد المضاربة لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد
العقد وذلك نحو ان شرط المضارب ان يسكن رب المال داره سنة لانه جعل
نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار صارت حصة العمل مجهولة فلم يصح وغير ذلك
من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب
لان الوضيعة جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال الا ان
هذا شرط زائد لم يوجب قطع الشركة في الربح ولا جهالة فيه فلا يفسد المضاربة
لانها لا تفسد بالشرط الفاسد كالوكالة ولان صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط
كالهبة وان يكون المال مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه لان المال امانة
في يده فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة فان يد رب المال
قائم في عقد الشركة وقد صحت لان المضاربة انعقدت على راس المال من احد الجانبين
والعمل من الجانب الاخر فيجب ان يخلص اليد للمضارب ليتمكن من العمل فيه والشركة
انعقدت على العمل من الجانبين فلو شرطنا انتفاء يد رب المال عنه لم ينعقد الشركة

اصلا لانتفاء شرط الشركة وهو شرط العمل عليهما فان شرطا ان يعمل رب المال مع المضارب
تفسد المضاربة لان هذا شرط يمنع من تسليم المال الى المضارب والتخلية بين المال والمضارب
شرط صحة العقد فيأباه كان مفسدا للعقد وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالاب
والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير لان الصغير اذا كان مالكا
كانت يده على المال لجهة الملك كالكبير فبقاء يده يمنع كونه مسلما الى المضارب وكذا احد
المتفاوضين او احد شريكي العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب
لان للشريك فيه ملكا فيمنع صحة الدفع مع قيام ملك المالك واذا لم يكن العاقد مالكا
وشرط ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان العاقد ممن ليس باهل للمضاربة في ذلك
المال فشرط عمله يفسد العقد كالماذون يدفع ماله مضاربة وتشترط عمله مع المضارب
لان يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى
التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ ماله
مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا
ان يعملا بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لانهما لو اخذا ماله مضاربة بانفسهما
بنصف الربح صح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل مال يجوز ان يكون
المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب او الوصي
واقع للصغير حكما بطريق النيابة فكان دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فتشترط
التخلية من قبل الصغير لانه رب المال وقد تحققت وان يكون المال معلوما عند
العقد بتسمية او اشارة وان يكون نصيب المضارب من الربح معلوما لما مر فان وجدت
هذه الشرائط صحت والا فسدت وانقلبت اجارة واذا صحت المضاربة مطلقة
جاز للمضارب ان يبيع بنقد ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لان
غرضه حصول الربح ولا يتحصل ذلك الا بان يملك جميع انواع التجارات لانه قد يربح في
نوع منها دون نوع فوجب ان يكون سبيل من جميع اصناف التجارة ليحصل غرضه
والابضاع والايداع من توابع التجارة لان التاجر لا يجد بدا منهما وعن ابي يوسف انه
ليس له ان يسافر وعنه عن ابي حنيفة ان دفع المال اليه في مصره وهو من اهل ذلك
المصر فليس له ان يسافر به لان الظاهر والغالب ان الانسان يرجع الى وطنه ولا

يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه دليل
الرضى بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه وجه الظاهر ان المضاربة من الضرب
في الارض وذا يكون بالمسافرة ولان مقصوده تحصيل الربح وذا انما يحصل بالسفر عادة
فيملكه بمطلق عقد المضاربة ولان للمودع ان يسافر بمال الوديعة مع عدم تمكنه من التصرف فيه
فالمضارب اولى لقدرته على التصرف فيه ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة
وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من الاكتساب لانه يستفيد به المهر وسقوط النفقة
عن مال المضاربة ولهما انه ليس من التجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة
فلا يملكه وان اكتسبا بالكتابة والاعتاق على ضعف قيمته ولا يضارب الا بان يأذن
له رب المال او يقول له اعمل برأيك لانه يجعل بعض ربح ماله لغيره وهو لا يرضى به ولان الشيء
لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة كالوكيل لا يملك ان يوكل غيره وهذا بخلاف المستعير
والمكاتب لانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما تصرفا
بحكم المالكية لا بحكم النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب
يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص او التفويض الى المطلق اليه وصار كالوكيل
فانه لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك والايداع والابضاع دون المضاربة
فيتضمنهما ولا يملك الاقراض وان قيل له اعمل برأيك لانه تبرع وليس من ضرورات التجارة
فلا يملكه بهذا اللفظ كالهبة والصدقة وهذا لان العقد تسلط على صنوف التجارة وما
هو من صنيع التجار وليس هو من صنيعهم فلا يحصل به الغرض وهو الربح لان المقبوض
بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط او غيره اما الدفع مضاربة
من صنيع التجار وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول وان
خص وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها يتقيد به
ولم يجز له ان يتجاوز ذلك لانه انما ملك التصرف بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه
وهذا التقييد مفيد لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة
وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يمكنه ان
يتصرف بنفسه في هذا المال في غير هذا البلد فلا يملك ان يستعين بغيره ايضا
فان اخرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه وعليه وضيعته

لانه تصرف في مال غيره بغير امره فيضمن وان لم يشتر حتى رده الى البلد الذي عينه برئ من الضمان
لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فيكون امينا كما كان ورجع المال مضاربة على حاله لان
المال باق في يده بالعقد السابق وكذا اذا اشترى ببعضه في المصر ورد بعضه كان المردود
والمشترى في المصر على المضاربة واعلم ان اصل الضمان واجب بنفس الاخراج وبالشرى
تقرر الضمان لان الضمان الواجب بالاخراج على عرضية الزوال لاحتمال الاعادة الى البلد
الذي عينه وهذا بخلاف ما لو قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد
وله ان يعمل به في غير السوق بالكوفة استحسانا لان الاصل ان رب المال اذا شرط
على المضارب شرطا مفيدا يتقيد به ويجب الضمان على المضارب متى تركه وان لم يفد
لا يصح الشرط ولا يضمن المضارب بتركه وفي شرط العمل بالكوفة فائدة لرب المال
وهو صيانة ماله عن خطر الطريق ولان الاسعار تختلف باختلاف البلدان
وكذا النقود تختلف باختلاف البلدان ولا فائدة في تقييد تصرفه بالسوق لان
مقصوده سعر الكوفة لا عين السوق والبلدة الواحدة كالبقعة الواحدة فكان
التخصيص لغوا الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق فلو عمل
في غيره يضمن لانه صرح بالحجر في غيره وهو يملك الحجر وما يفيد التقييد من الالفاظ ستة
دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل به بالكوفة او لتعمل به بالكوفة او تعمل بالكوفة
مجزوما او مرفوعا او فاعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف وما لا يفيد
لفظان دفعت اليك مضاربة واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة والضابط ان رب المال
متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله
يجعل مبنيا عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل
مبتدأ كما في اللفظين الاخيرين وحينئذ تكون الزيادة مشورة وكان له ان يعمل بالكوفة
وبغيرها ولو قال خذه مضاربة على ان يشتري به الطعام او قال فاشتر به الطعام
او قال لتشتري به الطعام او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهذا كله مقيد
معتبر التقييد ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له ان يشتري
او يبيع من غيره لان هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في الاقتضاء ولو قال على
ان يشتري به من اهل الكوفة او دفع اليه مضاربة في الصرف على ان يشتري به

من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من رجل ليس من اهل الكوفة او من غير الصيارفة جاز لان مقصوده
في الاول تقييد العمل بالكوفة عرفا وقد وجد وفي الثاني التقييد بالنوع وكذا ان وقت للمضاربة
وقتا بعينه يتقيد به وكذا الشركة يتقيد بالوقت حتى لو قال ما اشتريت اليوم فهو بيننا
فما اشترى اليوم فهو بينهما وما اشترى بعد اليوم فهو للمشتري خاصة وبالمكان حتى لو قال
احد الشريكين لصاحبه اخرج الى نيسابور ولا تجاوزه فهلك ضمن حصة شريكه
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او يمين لان المضاربة اذن
في التصرف الذي يحصل به الربح وهذا انما يكون بشراء ما يمكنه بيعه فاما ما لا يمكنه
بيعه فلا يحصل به الغرض فلا يتناوله ولا يتحقق هذا فيمن يعتق على رب المال بعقد
ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كما اذا اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة
او دما او مكاتبا او ام ولد او اشترى ثوبا بميتة او دم لانها لا تملك بالقبض فلم تدخل تحت
الاذن بخلاف ما لو اشترى ثوبا او عبدا بخمر او خنزير فانه يكون على المضاربة لانه يملك
بالقبض ويمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق مقصود العقد وكذا لم يجز له ان يشتري من يعتق
عليه ان كان في المال ربح لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال عنده ويعتق
عندهما فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وهو الاسترباح فان فعل اي اشترى من
يعتق على رب المال او من يعتق عليه صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشرى متى وجد
نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرى اذا خالف وهذا لان المضارب هو
الاصل في حق البائع لان حقوق العقد ترجع الى الوكيل فوجب ان ينفذ عليه لما تعذر
نفاذه من رب المال دفعا للضرر عن البائع وضمن ان نقد الثمن من مال المضاربة
وان لم يظهر في المال ربح جاز ان يشتري من يعتق عليه لانه لا ملك له فيه ليعتق
عليه فلا مانع من التصرف لقدرته على بيعه فيقع الشرى على المضاربة فان زادت
قيمته بعد الشرى حتى ظهر الربح عتق حظه منه لانه ملك بعض قريبه ولم يضمن لرب المال
شيئا لانه انما عتق عند الملك لا بصنع منه فصار كما لو ورثه مع غيره بان ماتت
امراة ابن زوجها ماتت وتركت هذا الزوج واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئا
لاخيها ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال لاحتباس ماليته عنده ولو اشترى
نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح

فلم يعتق بالقرابة وانما دخل العوض فيه كما لو اشتراه لنفسه فلم يصح لما والشريك والاب والوصي كالمضارب حتى اذا اشترى احد الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من الصغير او المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب او الوصي لانه لا نظر فيه بخلاف الماذون فانه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يعتق ثم ينظر ان لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما عتق لان الدين المستغرق يمنع ثبوت الملك للمولى في كسب العبد عنده وعندهما لا يمنع فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى المضارب به امة قيمتها الف فوطيها المضارب فولدت ولدا يساوي الفا فادعى المضارب انه ابنه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمضارب موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه واذا قبض رب المال الف درهم من الغلام ضمن نصف قيمة الامة وهذا لان دعوة المضارب انعقدت صحيحة ظاهرا حملا لامره على وجه الصحة وهو فراش النكاح بان زوجها منه بايعها وعلقت منه ثم باعها منه لكن لم ينفذ لعدم الملك وهو شرط الصحة لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق براس المال فلا يظهر الربح لما عرف ان مال المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل واحد منها مشغول براس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر لانه ليس احدهما باولى من الاخر واذا كان كذلك فلم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ للدعوة فاذا ازدادت قيمة الغلام وصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح الا ان فملك المضارب من الولد نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة بخلاف ما اذا اعتق المضارب الولد ثم ظهرت الزيادة فانه لم يصح اعتاقه لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك فلا ينفذ بعده لحدوث الملك فاما هذا فاخبار فينفذ اذا احدث الملك نظيرها اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا قال في العبد الغير انه حر ثم اشتراه واذا نفذت الدعوة صار الغلام ابنا له وعتق عليه بقدر ملكه وفسد العقد الملك في الباقي عنه وعتق عندهما ولم يضمن حصة رب المال من الولد لان العتق هنا ثبت بالنسب والملك والملك اخرهما وجودا فيضاف اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير اذا كانت العلة ذات وصفين اصله مسئلة السفينة والقدح الاخير دليله ما روي عن الصديق رضي الله عنه ان رجلا اقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات فقال له اياك والرابعة فانها الموجبة

وقد ثبت الملك للمضارب بعد صنع منه لحصوله بغير السعر وضمان التعدي لا بد من صنع وهنا ضمان الاعتاق فلا بد من التعدي لانه ضمان تسبيب لانه يتصرف في ملكه قصدا واذا لم يجب الضمان وقد احتبست مالية عنده يجب السعاية في نصيب رب المال وهو الف ومائتان وخمسون الف راس المال وماتان وخمسون حصته من الربح وله ان يعتقه لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة فيكون قابلا للاعتاق فاذا قبض رب المال من ذلك الفا حسب من راس المال لانه مقدم في القسمة فظهر ان الام كلها ربح فملك المضارب نصفها فان قيل لماذا لا تجعل الامة راس المال وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية من جنس راس المال والامة ليست من جنس راس المال فكان جعل الالف من السعاية لراس المال اولى واذا ملك نصفها نفذت تلك الدعوة وصارت الام ام ولد له لان الاستيلاد اذا صادف محلا يحتمل الملك لا يتجزى بالاجماع وما نحن فيه كذلك ويملك المضارب نصيب رب المال منها ويضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك فلا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف على الصنع والتعدي الا ترى ان رجلين لو ورثا امة هي ام ولد احدهما انه يضمن لشريكه نصف قيمتها موسرا كان او معسرا بخلاف ضمان العتق لانه ضمان اتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد ولهذا لم يضمن في الولد مع انه موسر لعدم الصنع فلان لا يضمن اذا كان معسرا اولى والله اعلم ۵

باب المضارب يضارب

واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وقال زفر يضمن بالدفع اليه عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان الدفع على وجه الايداع مملوك له لا على وجه المضاربة فيضمن بالدفع لانه صار به مخالفا ولهما ان الخلاف لا يتحقق بنفس الدفع لان نفس الدفع ايداع وله ولاية الايداع ولا يضمن بدون العمل وله انه ملك الدفع للعمل فيه لانه ملك الابضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح فاذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيصير كخلطه بغيره فيجب الضمان وجه ظاهر الرواية ان الربح انما حصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصول الربح في صيرورة المال مضمونا

بخلاف مجرد الدفع لانه ليس بسبب لحصول الربح لعدم مقام حصوله وهذا اذا كانت
المضاربة الثانية صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمن الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه
والاجير لا يستحق شيئا من الربح فلا تثبت الشركة له وله اجر مثله على المضارب الاول
وللمضارب الاول ما شرط له من الربح ثم رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول
راس ماله لانه صار غاصبا بدفعه الى غيره بغير اذنه وان شاء ضمن الثاني لانه قبض
مال غيره بغير اذنه وهذا ظاهر على اصلهما لانهما يضمنان مودع المودع واما عنده
فقد قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني كمودع المودع وقيل يضمن الثاني عنده ايضا بخلاف مودع
المودع والفرق ان مودع المودع يقبضه لمنفعة الاول لا لنفسه فلا يضمن والمضارب
الثاني يعمل فيه لنفسه فيضمن فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني
والربح بينهما على ما شرطا لانه باداء الضمان ملكه من حين صار مخالفا فصار كما لو دفع
مال نفسه مضاربة الى الثاني وان ضمن الثاني رجع على الاول بالضمان لانه التزم له
سلامة المقبوض عن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بما لحقه من الضمان كمودع الغاصب
ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وصحت المضاربة
والربح بين المضاربين على ما شرطا لان الضمان استقر على الاول فصار الملك له
ويطيب الربح للثاني لانه يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله ولا يطيب للاول لانه
يستحقه براس المال والملك في راس المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه
الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان
ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الاول
السدس وللمضارب الثاني الثلث لان دفع الى الثاني مضاربة صح حيث كان باذن
رب المال الا ان رب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله وما رزقه الله جميع
الربح فكان له نصف جميع الربح فلا يكون للمضارب الاول ان يوجب شيئا من ذلك
لغيره بل ما اوجبه للثاني وهو ثلث الربح ينصرف الى نصيبه خاصة فبقي له السدس
ويطيب لهما ذلك لان عمل الثاني وقع له كمن استاجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم
فاستاجر الخياط من يخيطه بنصف درهم ولو قال له على ان ما رزقك الله تعالى فهو بيننا
نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان

لان رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع الربح وانما شرط لنفسه نصف ما يحصل للاول من الربح
فاستحق الثاني جميع ما شرط له وما وراء ذلك جميع ما حصل للمضارب الاول ورب المال
شرط لنفسه نصف ذلك فلهذا كان الباقي بينهما ولو قال له ما ربحت من شيء فبيننا
نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان
الاول شرط للثاني نصف الربح وهو باذن وارد من جهة رب المال فاستحقه رب المال
فاستحقه ورب المال شرط لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الاول الا النصف فكان
بينهما ولو قال على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان
وقد دفع الى اخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا
شيء للمضارب الاول لان رب المال شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف شرط
الاول النصف للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ولا شيء للاول لانه جعل
ما كان له للثاني وهو كرجل استاجر اجيرا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر الاجير رجلا اخر
ليخيط له بدرهم فانه لا يسلم للاول شيء حيث عقد على جميع حقه فان شرط للمضارب الثاني
ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول
للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني ما هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حق
رب المال ووجب عليه الضمان بالتسمية لانه التزم السلامة فاذا لم يسلم رجع
عليه وهو كمن استاجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر الاجير رجلا اخر ليخيطه
بدرهم ونصف فانه يضمن له زيادة الاجر ولانه غره بالتسمية والغرور في العقود
موجب للضمان وان شرط في المضاربة ثلث الربح لرب المال وثلثه لعبد رب المال
بشرط ان يعمل العبد مع المضارب وثلثه للمضارب صح لان اشتراط العمل على العبد
لا يمنع التخلية والتسليم لان للعبد يدا معتبرة وهو متفرد بها خصوصا اذا كان
ماذونا واشتراط العمل عليه اذن له الا ترى انه ليس للمولى ان يسترد ما اودعه
العبد من يد المودع وان كان محجورا عليه ويجوز بيع المولى من عبده الماذون واذا لم يمنع
التخلية لا يمنع الصحة ولا كذلك اشتراط العمل على رب المال لانه يمنع التخلية له
واذا صحت المضاربة كان ثلث الربح للمضارب لان المشروط له هذا العقد والثلثان
لرب المال ان لم يكن على العبد دين لان ما شرط للعبد فهو لسيده وان كان عليه دين

فهو للغرما لانه لما شرط عمل العبد صار المال من مكاسب العبد هذا اذا كان العاقد هو المولى
ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربه مع اجنبي و شرط العمل على المولى لا يصح ان لم
يكن له عليه دين لان هذا شرط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفه
لان المولى كالاجنبي عنده ٥ **فصل في العزل والقسمة** وتبطل المضاربه
بموت رب المال او المضارب لانها توكيل وموت الموكل او الوكيل يبطل الوكاله ولا
تورث الوكاله ولحوق رب المال مرتدا بدار الحرب لانه كالموت حتى يقسم ماله بين
ورثته وبعده قبل ذلك موقوف وقيل لحوقه يوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفه
على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل لانه لو تصرف رب المال
بنفسه يكون موقوفا فكذا المضارب لانه يتصرف له ولو كان المضارب هو
المرتد فالمضاربه على حالها عندهم لان عنده انما يتوقف تصرفاته لمكان التوقف
في املاكه ولا ملك له هنا في مال المضاربه وله عبارة صحيحه ولا توقف في ملك رب
المال فبقيت المضاربه فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى
وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته فينعزل بعلمه بعزله لان انعزال الوكيل بالعزل
القصدي موقوف على علمه لان العزل نهي والاحكام المتعلقة بالامر لا تؤثر فيها
النهي الا بعد العلم دليله اوامر الشرع ونواهيه وان علم بعزله والمال عروض فله ان
يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك لان حقه ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وقسمة
الربح تتفرع على تعين راس المال وذا بالبيع ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا اخر
لان العزل انما لم يعمل ضرورة تعين راس المال فلما صار نقدا زالت الضرورة فعمل العزل عمله
ولو كان مال المضاربه من جنس راس المال لم يجز له ان يتصرف فيه لانه لا ضرورة وان
لم يكن من جنس راس المال بان كان دراهم وراس المال دنانير او بالعكس له ان
يبيعها بجنس راس المال استحسانا والقياس ان لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما
من حيث الثمنيه فصار كان راس المال قد تعين وجه الاستحسان ان الواجب على
المضارب ان يرد مثل راس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس راس المال فصار
كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الرده في بيع العروض
ونحوها ولو افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم

79

على اقتضا الديون لانه بمنزله الاجير لانه انما استحق الربح بازا عمله فصار الربح له كالاجره
وقد سلم له بدل عمله وهو الربح فيجبر على اتمام العمل ومن اتمام العمل استيفاء ما وجب من
الديون على الناس وان لم يكن في المال ربح لم يلزمه الاقتضا لانه وكيل محض والوكيل متبرع
والمتبرع لا يجبر على اتمام ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان الحقوق
العقد تتعلق بالعاقد فلم يكن لرب المال حق المطالبه بالديون فيما عقده المضارب
الا بتوكله اياه فامر بالتوكيل ليصح مطالبة رب المال لئلا يضيع حقه فان قيل المضارب
يجب عليه رد راس المال على الصفه التي اخذه فيجب ان يقتضيه حتى يكون الرد مثل ما اخذ
قلنا الواجب عليه رفع يده لا التسليم كالمودع واذا احاله به اي وكله به فقد زال يده
عنه وعلى هذا كل وكيل بالبيع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان
يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع واما الذي يبيع بالاجر كالبياع والسمسار
فانه يجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحه بحكم العادة فيجبر على التقاضي والاستيفاء لانه
وصل اليه بدل عمله فهو كالمضارب اذا كان في المال ربح وما هلك من مال المضاربة فهو
من الربح دون راس المال لان الربح تابع وراس المال اصل لتصور راس المال بدونه
وعدم تصوره بدون راس المال والهلاك يصرف الى التبع دون الاصل كما يصرف
الهلاك في مال الزكوة الى العفو دون النصاب لان العفو تبع فان زاد الهلاك على
الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين فلا يكون ضمينا لما بينهما من المنافاه واذا
قسما الربح والمضاربه بحالها ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح حتى ياخذ
رب المال راس ماله لان الاصل انه لا تصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال
راس المال لان الربح زياده على الشي والزياده على الشي لا يكون الا بعد سلامة
الاصل فاذا هلك ما في يد المضارب امانه ظهر ان ما اخذه من راس المال فيضمن
المضارب ما اخذ لانه اخذه لنفسه وما اخذ رب المال محسوب من راس المال
واذا استوفى راس المال فان فضل شي كان بينهما لانه ربح وان نقص شي لم يضمن
المضارب لانه امين ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربه ثم عقداها فهلك
المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد
فهلاك المال في العقد الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما لو دفع اليه مالا اخر

٧٠

وإذا اقتسما الربح وأخذ رب المال رأس ماله ثم زاد رب المال سدس الربح للمضارب
يجوز عند أبي يوسف كالمضارب إذا زاد لرب المال وعند محمد لا يجوز لأن العقد
لم يبق فلا تصح الزيادة كما لو زاد في الثمن بعد هلاك المبيع أو زاد في الأجر بعد تمام العمل
قلنا العقد انتهى والمنتهي متقرر في نفسه **فصل فيما يفعله المضارب**
ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأنه من عادة التجار وقد رُوي وليس له أن يبيع
إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن الأمر المعتاد فيما بينهم دون ما هو خارج عن عاداتهم ألا
ترى أن له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب لجريان العادة في
الأول دون الثاني وله أن يستكريها لمكان العادة وله أن يأذن لعبد المضاربة
في التجارة في المشهور من الرواية لأنه من عادة التجار وعن محمد أنه لا يملك ذلك بإطلاق
العقد لأن الإذن في التجارة مثل المضاربة فلا يملكه بمقتضاها وإن باع
شيئاً ثم أخّر الثمن جاز إجماعاً أما عند أبي حنيفة ومحمد فلأن الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب
أحق لأنه شريك أو بعوضيه أن يصير شريكاً فكان أصيلاً من وجه إلا أن الوكيل
يضمن إذا أخّر والمضارب لا يضمن لأن المضارب يملك أن يقابل العقد ثم يبيعه نسيئة
والوكيل لا يملك البيع بالنسيئة بعد الإقالة وإن ملك الإقالة عندهما وأما عند
أبي يوسف فلأن المضارب يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل فإنه
لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأنه من صنيع التجار إليه
بخلاف الأب أو الوصي إذا احتال بمال اليتيم حيث يتصرف إلا بالنظر لأن تصرفهما
مقيد بشرط النظر ولا نظر في قبول الحوالة على الأعسر وأما تصرف المضارب
فيبني على عادة التجار والأصل أن التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام قسم هو من باب
المضاربة وتوابعها فيملكه المضارب بمطلق المضاربة من غير أن يقول له رب
المال اعمل برأيك كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان لأن الرهن إيفاء
والارتهان استيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة
وقسم لا يملكه بمطلق عقد المضاربة ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن
يلحق به لكونه سبب حصول الربح فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك كدفع
المال إلى غيره مضاربة أو شركة وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره فإنه

لا يملك ذلك بمطلق المضاربة لأن رب المال لم يرض بشركة غيره وهو أمر زائد على ما يقوم به
التجارة فلم يتناوله مطلق عقد المضاربة ولكنه يحتمل أن يلحق به لأنه جهة في التثمير
فإذا قيل له اعمل برأيك ملك ذلك وقسم لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك
إلا أن ينص عليه رب المال وهو ما ليس من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها كالاستدانة
على المضاربة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال سلعة لأن
الاستدانة تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال سلعة فلأن الاستدانة
تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص عليه وعند
التنصيص عليه يصير هذا التصرف بنفسه فيصير به شركة الوجوه ولا يكون مضاربة
إذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فيكون المشتري بينهما نصفين والدين عليهما نصفين
ولا يتغير موجب المضاربة لأن هذه شركة وجوه ضمنت في المضاربة ثم يتغير به
موجب المضاربة فكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطا وأخذ السفاتج
لأنه نوع استدانة وإعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة والإقراض
والهبة والصدقة لأنها تبرعات محضة ولا يزوج عبداً أو أمة خلافاً لأبي يوسف
فيهما وقد مرّ وإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئاً منه إلى رب المال بضاعة
واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها ولا تفسد وقال زفر تفسد المضاربة
لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا
يصلح وكيلاً لغيره فصار مستردّاً ولهذا لا يصح شرط العمل ابتداء قلنا إن الشرط هو
التخلية وقد تحققت والإبضاع توكيل بالتصرف والتصرف حق المضارب
فيصح التوكيل كما لو وكّل أجنبياً ولما صح توكيله لم يكن أخذه استرداداً بل يقع عمله لرب المال
بل للمضارب وصار كأن المضارب عمل بنفسه فلم تبطل المضاربة بخلاف ما لو شرط
عمل رب المال ابتداء لأنه يمنع التخلية التي هي شرط صحة المضاربة ولو دفع المضارب
المال إلى رب المال مضاربة لا تصح المضاربة الثانية ولا تفسد المضاربة الأولى عندنا
ويكون الربح بينهما على ما شرطا في المضاربة الأولى وقال زفر تفسخ المضاربة الأولى
بدفع المال إلى رب المال للمال ولنا أن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال
وعمل المضارب ولا مال للمضارب هنا فتجويزها يؤدي إلى قلب الموضوع فإذا لم

بعض البابه من مال رب المال لا من المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى فان سافر المضارب
فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه كرا او شرا في مال المضاربة وان عمل المضارب في
المصر او في قرب من المصر فليست نفقته في المال وكذا الدوا لا يكون في المال والاصل
ان النفقة انما تجب بالاحتباس كالمرأة تستوجب النفقة باحتباسها في منزل الزوج
والقاضي يستوجب الكفاية في مال بيت المال لكونه محبوسا لمصالح العامة والمضارب
في مصره ساكن بالسكنى الاصلي لا للمضاربة فلم تكن نفقته في المال فاما اذا سافر فقد
صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت النفقة فيما لها لاجل الاحتباس به وهذا
بخلاف الاجير لانه يعمل ببدل فكان البدل واجبا له لا محالة فلا يتضرر بالانفاق
من مال نفسه اما المضارب فيستحق الربح والربح قد يحصل وقد لا يحصل فاوجبنا النفقة
في مال المضاربة كيلا يتضرر بالانفاق من مال نفسه وبخلاف المضاربة الفاسدة
لانه اجير فلا يستوجب النفقة وبخلاف البضاعة لانه متبرع بالعمل فلا تجب له
النفقة وبخلاف الشريك لانه لم تجر العادة ان الشريك العامل ينفق على نفسه
من مال الشريك الآخر فلو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لان
الاستحقاق قد انتهى ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح الى
منزله فهو كالسوقي في المصر لان اهل السوق يتجرون في المصر ويبيتون في منازلهم
وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه قد صار للمضاربة
هنا فصار كالخروج للسفر والنفقة ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا من الطعام
والشراب والكسوة ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها
والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق فان قيل اجرة الحمام والحلاق
مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقة ما لا بد للانسان منه في عموم الاوقات
فينبغي ان لا يكون واجبا كاجرة الحجام والفصاد قلنا انما اوجبناه في مال المضاربة
لانه من صنيع التجار فانهم يحلقون رؤسهم وينظفون ثيابهم وابدانهم عن الاوساخ ويقصون
شواربهم لتزداد رغبة الناس في المبايعة منهم فان الانسان متى كان طويل
الشعر وسخ الثياب يعد من المفاليس والصعاليك فيقل معاملوه ومتى كان نظيف
الثياب نقي الاطراف يعد من المياسير فيكثر معاملوه فاندرج اجر الحمام والحلاق

يجب النفقة بهذا الاعتبار وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه
اعتبارا للمعتاد في عادة التجار اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان الدواء في مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه ولا يمكنه من العمل الا به فصار كالنفقة ووجه ظاهر
الرواية ان الحاجة الى النفقة معلوم وقوعها بخلاف الدوا لانه بعارض المرض وقد يمرض
وقد لا يمرض فلا يكون من جملة النفقة الا ترى ان نفقة المرأة على الزوج ودواها في مالها فان
ربح المضارب اخذ رب المال ما انفق من راس المال اي الذي اخذ المضارب من راس
المال يرفعه رب المال اولا ثم يقسم الربح ان بقي لان قسمة الربح انما شرعت بعد تسليم راس
المال فان باع المتاع مرابحة وقد انفق على نفسه وعلى المال يحسب ما انفق على المتاع
من الحمل ونحوه لا يحتسب ما انفق على نفسه لان الاصل ان كل مؤنة تعارف التجار الحاقها
براس المال في بيع المرابحة فللمضارب ان يضم ذلك الى راس المال ويبيع المال مرابحة
على الكل بلا بيان وكل مؤنة لم يتعارفوا الحاقها براس المال فليس للمضارب
ان يضمها الى راس المال وقد تعارف التجار ما انفقوا على المتاع براس المال ولم يتعارفوا
الحاق ما انفقوا على انفسهم براس المال ولان كل ما يزيد في عين المبيع كالصبغ ونحوه او في
قيمته كالحمل لان القيمة تختلف باختلاف الاماكن يلحق به والاول يوجب زيادة في
القيمة دون الثاني ولو اشترى بكل راس المال وهو الف ثيابا واستقرض مائة
للحمل فحملها بها فصار ربح الف ومائة عند ابي حنيفة لانها قامت عليه بذلك فان باعها
بالفين كانت عشرة اسهم من ذلك حصة المضاربة على شرطهما وسهم للمضارب خاصة
لانه استقرضه لنفسه والذي في ماله خاصة لان المامور بالاستقراض يصير مستقرضا
لنفسه فكانت حصة ذلك من الثمن له خاصة وعندهما يبيع الثياب مرابحة على الف
والثمن كله على المضاربة لانه متطوع بالكرى لانه فعل بغير اذن فصار كما استكرى الاجنبي
وذا لا يضم اجماعا لكونه متطوعا فان كان مع المضارب الف فاشترى به متاعا وحمله بماله
او قصره بماله وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع منه ولا يلزم الزيادة عليه في ماله دون
مال المضاربة لانه لو لزم المضاربة لصار مستدينا على رب المال بغير رضاه وهو لا يملك
ذلك ويبيع مرابحة على الثمن دون الزيادة وان صبغ ذلك المتاع احمر فهو شريك
بما زاد الصبغ فيه ولم يضمن المتاع لانه خلط ماله بمال المضاربة اذ الصبغ عين مال قائم
فلو بيع المتاع كان ما يخص قيمة الصبغ للمضارب وما يخص الثوب الابيض على المضاربة

حتى اذا كانت قيمة المتاع غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومايتين كان الالف للمضاربة ومايتا
درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل لانه ليس للمضارب عين
مال قايم في المتاع حتى يكون بعض الثمن بازايه فكان جميع الثمن للمضاربة الا ترى ان
الغاصب لو صبغ لم يضع ماله ولو قصر لضاع ذلك واذا صار شريكا بالصبغ لم
يضمن المتاع لان قوله اعمل فيه برايك افاد له ولاية الخلط والشركة ولولا ذلك لكان
لرب المال ان يضمنه والتخصيص بالحمرة لان السواد نقصان عندابي حنيفة واما
ساير الالوان فمثل الحمرة **فصل** واذا كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى
المضارب به بزا وباعه بالفين ثم اشترى بالالفين عبدا ولم ينقدها الثمن حتى ضاع الالفان
غرم رب المال الفا وخمسمايه والمضارب خمسمايه ويكون ربع العبد للمضارب
وثلاثة ارباعه للمضاربة لان المضارب لما باع البز بالفين ظهر الربح بعد الالف فلل
المضارب نصفه وهو خمسماية فاذا اشترى بالالفين عبدا صار ربع العبد للمضارب
وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا هلك الثمن دار ما يخص الربع على المضارب وما يخص ثلاثة
الارباع على رب المال والربع الذي صار للمضارب يخرج عن المضاربة لانه صار مضمونا على
المضارب ومال المضاربة يكون امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة
لان ضمان رب المال لا ينفي المضاربة وصار راس المال الفين وخمسمايه لان رب المال دفع
مرة الفا ومرة الفا وخمسمايه ولا يبيع العبد مرابحة الا على الفين لانه اشترى العبد بالفين
فان باع العبد باربعة الاف صار ربع الثمن وهو الف للمضارب لانه بدل ملكه
وثلاثة ارباعه وهي ثلاثة الاف للمضاربة يدفع راس المال وذلك الفان وخمسمايه ويبقى
خمسمايه ربح بين المضارب ورب المال وان كان معه الف فاشترى رب
المال عبدا بخمسمايه ثم باعه من المضارب بالف يبيعه المضارب مرابحة بخمسماية وان
اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومايتين باعه رب المال
مرابحة بالف ومايه واصله ان بيع المرابحة يمنع بالشبهة كما يمنع بالحقيقة ولهذا لا يباع
الماخوذ صلحا مرابحة لشبهة الحط فاذا اشترى رب المال عبدا بخمسماية وباعه بالف
من المضارب فانما اشترى المضارب لرب المال لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه باطل
ولكن لما كان حق المضارب لحق الثالث صح البيع عندنا خلافا لزفر وبعد هذه بطلان
البيع فاعتبر اقل الثمنين في المرابحة لما بني على الاحتياط وفي المسلة الثانيه وقع العقد

لرب المال

لرب المال ولم يقع للمضارب منه الا قدر مايه فوجب اعتبار هذه المايه وهما وقع لرب المال
لم يعتبر لما مر لاحتمال بطلان العقد الثاني وقد مر تقريره في البيوع وان كان معه الف (الربح)
فاشترى عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطا فرابا الدفع او الفدا فان دفعا
العبد ابطلت المضاربة لان العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل وكذا ان فديا خرج
العبد عن المضاربه اما حصة المضارب فلانه يقرر حصته بالفدا فصار كالقسمه واما
حصه رب المال فلانه انما يسلم له بضمان الفدا وانه ليس حكم المضاربه ولان القضاء
بانقسام الفدا عليهما يقتضي قسمه العبد بينهما لان الخطاب بالفدا اوجب سلامه
ما فدى للفادي ولا سلامه الا بالقسمه بخلاف ما مر لان كل الثمن ثم على المضارب
لانه العاقد وان كان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمايه فلا حاجة الى القسمه
ولان العبد بالجنايه صار كالزايل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفدا
صار كانهما اشترياه والفدا عليهما ارباعا ربعه على المضارب وثلاثه ارباعه على
رب المال لان الفدا مؤنة الملك فيقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا
لانه اذا صار المال عينا واحدا فقد ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال
راس ماله ثم العبد لهما على المضاربه يخدم المالك ثلاثة ايام والمضارب يوما
والمضارب ان يفدي فان فدى احدهما نصيبه ودفع الاخر صح لان كل واحد منهما
مالك لبعضه فصار كالعبد المشترك وان كان مع المضارب الف فاشترى به
عبدا فلم ينقده حتى هلك الالف يدفع اليه المال الف اخر واذا دفع اليه الاخر
ثم هلك قبل الدفع الى البايع له ان يرجع على رب المال ثم راس المال جميع ما دفع فرق
بين هذا وبين الوكيل يشتري عبدا بعينه بالف مدفوع اليه فاشترى فهلك الالف قبل
ان يسلمه البايع له ان يرجع على الوكيل مرة ثم يحبس والفرق ان المال في يد المال امانه
لا يبقى المضاربه على الامانه والاستيفا انما يكون بقبض مضمون فلو جعل قبضه
على الاستيفا لصار ضامنا وهو مضارب وذا باطل فجعل قبضه ثانيا على جهه
الامانه دون الاستيفا فاذا هلك كان الهلاك على رب المال بخلاف الوكيل
(الوكا) لانه امكن جعله مستوفيا لان الضمان لا ينافي الوكاله الا ترى ان الغاصب
اذا وكل ببيع المغصوب جاز حتى اذا هلك العبد في يد الغاصب بعدما صار وكيلا

صمن واذا اشترى العبد بالف وجب للبائع على الوكيل الثمن ووجب للوكيل على الموكل مثله فاذا
استوفى حقه من الموكل حمل قبضه على جهة الاستيفا لا على جهة الامانه فاذا استوفاه
مره لم يحوله حق اصلا فاذا هلك المقبوض كان الهلاك عليه لا محالة ثم فى الوكاله
فى هذه الصوره يرجع مره وفيما اذا اشترى ثم دفع اليه الموكل فهلك لا يرجع به على الموكل
لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرى لانه بالشرى وجب له الثمن على الموكل فجعل
مستوفيا بالقبض بعده فلا يرجع اما المدفوع اليه قبل الشرى فامانه فى يده وهو
دائم على الامانه بعده لانه لم يوجد بعد الشرى ما يوجب ان يكون مضمونا فلم يصر مستوفيا
فاذا هلك يرجع عليه مره ثم لا يرجع لوقوع الاستيفا المامر **فصل فى الاختلاف**
مضاربة معه الفان فقال لرب المال دفعت الى الفا وربحت الفا وقال رب
المال بل دفعت اليك الفين مضاربه فالقول للمضارب وكان ابو حنيفه يقول اولا
القول لرب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال
ينكر والقول للمنكر ثم رجع وقال القول للمضارب وهو قول ابى يوسف ومحمد
لان حاصل اختلافهما فى مقدار المقبوض والقابض احق بمعرفة مقدار المقبوض
الا ترى ان القول قول الغاصب فى مقدار المغصوب فلان يقبل قول الامين
اولى ولهذا كان القول له لو انكر القبض اصلا فكذا فى مقداره واذا اختلف رب
المال والمضارب فى راس المال والربح فقال رب المال راس المال الفان وشرطت
لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لى النصف فالقول للمضارب
فى قدر راس المال لما مر من الاختلاف والقول لرب المال فيما شرط له من الربح لانه
يستفاد بشرطه وهو منكر للشرط وايهما اقام البينه على ما ادعى من الفضل قبلت
لان رب المال يدعى فضلا فى راس ماله والمضارب يدعى فضلا فى الربح والبينات
شرعت للاثبات ولو ادعى المضارب العموم فى كل تجاره واذا ادعى رب المال
الخصوص او ادعى رب المال المضاربه فى نوع وقال المضارب ما سميت لى
تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم فكان القول لمن تمسك
بالاصل وقال زفر القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته فصار كالوكالة

قلنا الاصل فى الوكاله الخصوص وان ادعى مضاربه بالنصف وقد ربح الفا وادعى المالك بضاعة
فالقول لرب المال لان المضارب ادعى تقوم العمل والشركة فى ماله فجعل القول لرب
المال والبينة للذى فى يده المال لانه يدعى عليه التملك من جهة المال هى بضاعه
او وديعه فالقول لرب المال وهو منكر فكان القول للمنكر ولو ادعى كل واحد منهما
نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على الخصوص باعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته احق
والبينه للمضارب لاحتياجه الى نفى الضمان ولو وقتا وقتا فصاحب الاخر اولى
لان اخر الشرطين ينسخ الاول ونفقة عبد المضاربه وجعله اذا ابق على رب المال
ظهر ربح او لا لان ملك المضارب فى الربح قبل القسمة متردد وملك رب المال متقرر
ويضم الى راس المال عند القسمة واذا استاجر رجلا عشرة اشهر باجر معلوم ليشترى
له البز فان دفع اليه فى المدة مالا مضاربة بالنصف فعمل وربح فيه فعند ابى يوسف
المال كله لرب المال وله الاجر المشروط لانه دفع المال مضاربه الى من منافعه
مملوكه له بالاستئجار فلا يصح كما لو دفع ذلك الى عبده ولا دين عليه ولا ينفسخ الاجا
لانها اقوى لكونها لازمة والمضاربه غير لازمه وقال محمد له نصف الربح لانه جعل
بدل منافع العمل فى هذه المده ما سمى الاجر والان جعل بدلها نصف الربح فصح ذلك
ويسقط اجر هذه المده كما لو دفع اليه غير المستاجر مالا مضاربة فانها تصح ويسقط اجر مده
عمله للمضاربه ولو دفع اليه الفا مضاربه بالنصف ليعمل فيه برايه فعمل فيه وربح فيه
الفا فدفعه اليه الفا اخر مضاربه ليعمل فيه برايه فخلط خمسمايه من هذا الالف بالمضاربه
الاولى فهلك بعد الخلط الف فالهلاك من ربح المال الاول وصار كانه لم يربح الا بالا
وخمسمايه اصل والالف تبع فاذا ازدد الهلاك يصرف الى التبع وقال محمد الالف
يهلك من ذلك كله بالحساب حتى يكون اربعة اخماسه من مال الاول وخمسه من المال
الثانى لان الربح تبع للمال الاول دون المال الثانى وان اشترى المضارب بالف امة
او غنما او بقرا او مكيلا او موزونا تساوى الفين وله حظه لظهور الربح ولو اشترى
امة وغنما وبقرا وبرا وشعيرا الا لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكا
المضارب قبل ظهور الربح لانها لم يتبين تجاره وبعده ينفذ فى حصته ولرب
المال فسخها دفعا للضرر عن نفسه كعبد بين شريكين كاتب احدهما نصيبه ولهما

لانه كان ولو قال المضارب او دفعه
وقال رب المال هى بضاعة او وديعه فا

اى على المالك الاخرى البعشين مع
من شهر وقال اعلم فى القرض
وقال الاخر غير شهر وقال
فى البز على بينهما الوقت الاخر

لوكاتب المولى الماذون المديون فان للغرماء حق النقض فلو ادى الكل عتق لوجود
الشرط وسلم له حظه والباقي على المضاربة وان مات ولم يود ان بلغ حظه من كسبه
بدل الكتابة او اكثر مات حرا وادیت كتابته والباقي من كسبه وان لم يبلغ مات
عاجزا والكل على المضاربة والله اعلم ٥

كتاب الوديعة

الايداع تسليط الغير على الحفظ اى شيء كان مالا او غيره قال لغة تعالى اودعت
زيدا مالا واستودعته اياه واذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع
بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وتسلط
الغير على حفظ المال شرعية وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات
اليد ليتمكن من حفظه حتى لو اودع الابق او المال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع
مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده
وشرعيته بالكتاب قال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء
الامانة لا يكون الا بعدها والسنة فالنبي عليه السلم كان يودع ويستودع واجماع
الامة فالصحابة ومن بعدهم الى يومنا يودعون ويستودعون ولان قبول الوديعة
من باب الاعانة وهي مندوبة بقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وبقوله
عليه السلم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه ٥ الوديعة
امانة في يد المودع فلا يضمن ان هلكت لقوله عليه السلم ليس على المستودع غير
المغل ضمان والمغل الخائن والاغلال الخيانة ولان المودع متبرع في حفظها لصاحبها
والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع اذ لو وجب لامتنع الناس عنه وفيه تعطيل مصالحهم
وان سرقت الوديعة عند المودع ولم يسرق معه مال اخر للمودع لم يضمن عندنا
بينا وعند مالك يضمن للتهمة وللمودع ان يحفظها بنفسه ومن في عياله من زوجته
او ولده او والديه او اجيره والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو
اودعت المراة وديعتها الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها لما
كان ساكنا معها والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته
فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد التلميذ الخاص الذي
استاجره مشاهرة او مسانهة فاما الاجير لعمل من الاعمال فكسائر الاجانب

يضمن بالدفع اليه لان المطلوب منه حفظ الوديعة على وجه يحفظ مال نفسه والانسان
يحفظ ماله بنفسه تارة وبيد من في عياله اخرى فحتى اتى بالحفظ المعتاد لم يكن جانيا فلا يضمن
ولانه لا يجد بدا منه فانه اذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه ان يحملها مع نفسه فيضطر
الى ان يخلفها في بيته واذا خلفها في بيته صارت في يد امراته حكما فكان هذا مما لا
بد منه فصار ماذونا فيه دلالة فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم يضمن لان المالك رضي
بحفظه وبيده ولم يرض بحفظ غيره ويد غيره فيضمن بالتسليم اليه ولا يستتبع مثله فالوكيل
لا يملك ان يوكل غيره بخلاف المستعير لانه مالك وكلامنا في غيره والوضع
في حرز غيره ايداع لان الحرز في يد ذلك الغير فصار بالوضع في الحرز مسلما اليه
الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه فلا يضمن الا ان يقع في داره حريق
غالب فيخاف الوديعة فيسلمها الى جاره او يكون في فلك فيخاف الغرق فيلقيها
الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة اذ لا يمكنه ان يحفظ في
هذه الحالة الا بهذا الطريق فصار ماذونا فيه دلالة وقيل هذا اذا احاط الحريق
بمنزل المودع فان لم يكن احاط به ضمن ولا يصدق على القدر حتى يقيم البينة
لان الايداع سبب للضمان فاذا ادعى ضرورة مسقطة للضمان ولا يقبل الا ببينة
كما لو ادعى على المالك الاذن في الايداع فان طلبها ربها فمنعها وهو يقدر على تسليمها
ضمنها لانه اذا طالبه فقد عزله عن الحفظ فاذا لم يردها عليه فقد امسك مال غيره
بغير اذنه فيضمن وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها اعلم ان الخلط على
اربعة اوجه خلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم
بالدنانير والجوز باللوز وانه لا يقطع حق المالك بالاجماع ليمكن المالك من الوصول
الى عين ملكه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير
وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان لانه لا يصل المالك الى عين ملكه
الا بحرج والمتعسر كالمتعذر ولان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير
لا يخلو عن حبات الحنطة فيتعذر التمييز حقيقة وتعذر التمييز ايضا حكما بالقسمة
لاختلاف الجنس لان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وقيل لا ينقطع

حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط
عند ابي حنيفة وفي الاستحسان لا يصير وخلط الجنس بخلاف الجنس ممازجة كخلط
الخل بالزيت وكل مايع بغير جنسه وانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان
بالاجماع لان هذا الخلط استهلاك حقيقة لانه اعجز المالك عن الانتفاع بعين حقه
وكذا حكما لتعذر القسمة باختلاف الجنس وخلط الجنس بالجنس ممازجة او مجاورة
كخلط دهن اللوز بدهن اللوز ودهن الجوز بدهن الجوز او اللبن باللبن او
الحنطة بالحنطة او الشعير بالشعير او الدراهم البيض بالدراهم البيض
او السود بالسود عند ابي حنيفة هو استهلاك مطلق لا سبيل لصاحبه الا تضمين
المودع وصار المخلوط ملكا للخالط وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له
الخيار ان شاء ضمن الخالط مثله وان شاء شاركه في المخلوط لهما ان هذا الخلط
استهلاك من وجه دون وجه لانه بعد هذا الخلط ان تعذر على المالك الوصول الى عين
ماله حقيقة لم يتعذر حكما بالقسمة اذ القسمة فيما يكال ويوزن افراز وتعيين بالاجماع
ولهذا يملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته بنفسه بلا رضا وقضا واذا كان استهلاكا
من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء مال الى
جانب القيام وشاركه في المخلوط وله انه استهلاك من كل وجه لانه بعد تعذر
على المالك الوصول الى عين ماله حقيقة وليس الاستهلاك الا هذا لان اعدام المحل لا
يتصور هنا ولهذا كان له حق التضمين بالاجماع وهو امارة الاستهلاك واما القسمة
فليست بموصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة
بناء على قيام الشركة واذا كانت بناء على الشركة وحكما لها فلا تصلح علة موجبة
للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا ابرا الخالط
فعند ابي حنيفة لا يبقى له على المخلوط سبيل لانه لا حق له الا في الضمان وقد بطل بالابرا
وعندهما بالابرا انقطع حق الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وهذا اذا خلط الدراهم
من غير اذابة فاما اذا اذابها فجواب ابي حنيفة لا يختلف بل ينقطع الملك بكل حال وعن
ابي يوسف انه جعل الاقل تابعا للاكثر وقال محمد شركه بكل حال لان الجنس لا
يغلب الجنس عنده كما اذا شرب صبي لبن امراتين وقد مر تحقيقه في الرضاع وكذلك

ابو يوسف في كل مايع خلطه بجنسه يعتبر الاكثر وابو حنيفة يقول بانقطاع حق المالك في الكل
ومحمد بالشركة في الكل وان اختلطت باله بغير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس
في صندوقه فاختلطت بدراهمه فانه لا يضمن لعدم الصنع الموجب للضمان منه فيشتركان بالاتفاق
وهذه شركة اختلاط حتى لو هلك بعضها هلك عن مالهما ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد
منهما ولو انفق المودع بعضها ضمن ما انفق منها ولم يضمن كلها وعند مالك وان فني يصير ضامنا
للكل لانه بالجناية زالت الامانة فيجب الغرامة ولنا ان الضمان يجب بقدر الجناية وقد
حال في البعض دون الكل لانه بالجناية فان جا بمثل ما انفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها
لانه صار مستهلكا للكل بالخلط وهذا لان ما انفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضا الدين
بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه ثم يد المودع
ليه لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لا في الخلط وان تعدى المودع في الوديعة بان كانت
دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي وردها
الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرا عن الضمان لان عقد الوديعة قد ارتفع بالخلاف
بدلالة صيرورة المحل مضمونا عليه والضمان والامانة لا يجتمعان فاذا صار ضامنا لم يبق امينا واذا
ارتفع العقد لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فلا يبرا عن الضمان ولنا ان الامر اعني
مطلق فكان باقيا بعد الخلاف وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول جميع الاوقات	الى يهامي
ما قبل الخلاف وما بعده ولم يبطل بالخلاف لان ابطاله وضع لابطاله او لما ينافيه والاستعمال
ليس بموضوع لابطال الايداع وهو لا ينافيه ولهذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء
بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ باقيا فقد رده
بترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه فلا يضمن بالهلاك وقوله العقد قد
ارتفع العقد ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو
الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثر ارتفاع العقد
في قدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه بقي على ما كان وهو كمن استاجر رجلا يحفظ متاعه
شهرا فترك الحفظ في بعض الشهر ثم حفظه بالباقي فان العقد يرتفع بقدر ما وجد الخلاف
فيه وفيما وراءه بقي على ما كان فكذلك هنا فاما المستاجر والمستعير اذا تعدى ثم ازال
التعدي لم يبرا من الضمان لانه لا اعتبار بالوديعة ولنا ان البراة انما تكون بالاعادة

لما ان يد المالك حقيقة او تقديرا ويد المستاجر او المستعير يد نفسه فانه يستوفى المنافع المملوكة
له من المحل والمالك فيما ينصرف فى المحل يكون عاملا لنفسه لا لغيره فلا يبرا عن الضمان وان
طلبها صاحبها فجحدها لان المالك عزله عن الحفظ حين طلبه بالرد فهو بالامساك يبرا عن الضمان
بعده غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار بعد جحوده عند المالك لم يبرا عن الضمان لان العقد
ارتفع فلا يعود الا بالتجديد ولم يوجد فلا يبرا عن الضمان وهذا لان المطالبة بالرد رفع من جهة المالك
والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد العاقدين البيع فتم الفسخ منهما ولان
المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة المالك كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا انفسخ
العقد لا يعود بالاعتراف لان المنفسخ لا يعود الا بالتجديد بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق
لان العقد باق اذ الخلاف ليس برد للامر لان الامر قول ورد القول بقول مثله اما الجحود فهو
قول ورد للامر لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك فى ملكه لا يكون مامورا بالحفظ من
جهة غيره والدليل عليه ان اوامر الشرع فالجحود فيها رد حتى لو انكر امر الله تعالى يكفر والخلاف
لا يكون ردا حتى لو ترك صوما او صلوة لا يكفر ولو جحد عند غير صاحبها بان قال اجنبي للمودع
اعندك وديعة لفلان فقال لا لا يضمن وعند زفر يضمن لان الجحود سبب الضمان سواء
كان عند المالك او عند غيره كالاتلاف حقيقة ولنا ان الجحود عند غيبة المالك من الحفظ
لانه يقطع به طمع الطامعين عنها فلا يضمن به ولان المالك ما عزله عن الحفظ وهو لا يملك
عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه لان العقد ما قام به وحده وانما قام بهما فلا يرتفع الا
بهما فبقى العقد وباعتبار بقائه يده كيد المالك فى العين وللمودع ان يسافر بالوديعة
اذا كان الطريق امنا بان لا يقصده احد غالبا ولو قصد يمكنه دفعه بنفسه وبرفقه
السفر ولم ينهه المودع عنها وان كان له حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل ومؤنة
وقال الشافعي ليس له ذلك فى الوجهين لان المطلوب منه الحفظ المتعارف وذا بالامكنة والبيوت
دون المفاوز لان اسباب الصيانة تتهيا فى الامصار من كل وجه وفى غيرها تتهيا من وجه
دون وجه بل فيها تعريضها على التوى لقوله عليه السلم المسافر ومتاعه على قلت الا ما وقاه
الله تعالى وهو سبب الضمان ولهذا لو استاجر رجلا ليحفظ متاعه شهرا فسافر بالمال
يضمن ولهما انه يلزم صاحبها مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ولا ولاية له فى الزام المؤنة عليه
لانه اضرار عليه وله ان الامر بالحفظ صدر مطلقا من غير تقييد بمكان فلا يتقيد

بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان دون زمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا وكان الحفظ
فيه كالحفظ فى المصر والكلام فيه حتى لو لم يكن امنا او نحوه يضمن ولهذا يملك الاب والوصي
فى مال الصبي مع ان ولايتهما نظرية وما يلحق المالك من المؤنة فى ضرورة امتثال امره فلا يعد
ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم فى المصر لا حفظهم فيه ومن يكون فى المفاوز يحفظ ماله فيها
كاهل الخيام والاجنبية بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فاقتضى التسليم فى مكان
العقد وهذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق الحفظ اطلاقا فان عين المالك
عليه الحفظ فى المصر فسافر ان كان سفرا له منه بد ضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان امكنه
الحفظ فى المصر مع السفر بان امكنه ان يترك واحدا من عياله مع الوديعة فى المصر ضمن وان لم يمكنه
ذلك لا يضمن ولو نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد لان الحفظ
فى المصر ابلغ ظاهرا ○ واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما وطلب نصيبه
لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة ولو دفع ضمن نصفه وقالا يدفع اليه نصيبه ولا
نص وفى الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه
عنده وقالا له ذلك من المشايخ من قال الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما هو
من ذوات القيم سواء والصحيح ان الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات
وفيما عداهما من الثياب والدواب والعبيد فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه بالاجماع لهما
ان كل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه لغيبة الاخر
كالشريكين فى الدين اذا حضر احدهما كان له ان يطالب المديون بنصيبه ويقبض نصيبه وهذا
لان الحاضر طلب منه تسليم نصيبه فيلزم الاخر تسليمه ولهذا كان له ان ينفرد باخذ نصيبه
مع غيبة صاحبه فكذا للمودع ان يدفع اليه نصيبه ومذهبه مروي عن علي رضي الله عنه
ولانه لو دفع شيئا الى الحاضر فاما ان يكون المدفوع من نصيبهما او من نصيب الحاضر خاصة
لا وجه الى الثاني لانه لا يكون الا بعد قسمة معتبرة وليس للمودع ولاية على الغايب فى القسمة
ولهذا لا يصح قسمته ولا يقع دفعه قسمة بالاجماع فانهما لو اخذ الواحد نصيبه ثم هلك
الباقي فى يد المودع ثم حضر الغايب له ان يشارك له فى المقبوض فثبت ان القسمة ليست
بنافذة ولا وجه الى الاول لان المودع تصرف فى مال الغير بغير اذنه وانه لا يجوز وبان
كان للحاضر ان ياخذ نصيبه لا يكون للمودع ان يدفع حصته الاترى ان رب الدين

اذا طلب من المودع المديون ان يقضي دينه من الوديعة لا يؤمر المودع بذلك وان كان لرب الدين
ان ياخذه اذا ظفر به وهو من جنس حقه وهذا بخلاف الدين المشترك لان المديون انما يقضي الدين
من ملك نفسه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها والوديعة نصيب الحاضر اليه تصرف في ملكه
وليس له قسمه على الغايب اما المودع فقد دفع مال الغير الا ترى ان الرجل اذا غاب وله عند
انسان وديعة ودين فجاء رجل وقال ان فلانا وكلني بقبض وديعته وبقبض ماله عليك من
الدين فصدقه امر بتسليم الدين دون الوديعة وفيه حكاية بان رجلين دخلا الحمام واودعا
عند الحمامي الفا فخرج احدهما وطلبه فاعطاه ثم خرج الاخر وطالبه به فتحير الحمامي فذهب الى
ابي حنيفة فقال له ابو حنيفة قل له كلاكما اودعتماني فلا اعطيك حتى يحضر صاحبك
فانقطع الرجل وترك الحمامي واذا اودع رجل عند رجلين ما يمكنه قسمته اقتسماه وحفظ
كل واحد منهما نصفه لان المالك رضي بحفظهما واجتماعهما على حفظ الكل متعذر
فيوان بالقسمة لان المالك اذا اودعهما مع علمه بانهما لا يقدران على ان يتركا جميع اشغالهما
ويجتمعا في مكان واحد للحفظ فقد صار راضيا بقسمهما وحفظ كل واحد منهما النصف
دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا فان دفع احدهما كله الى الاخر ضمن عند ابي حنيفة
وان كان مما لا يمكن قسمته فلكل واحد منهما ان يسلمه الى الاخر وكذا الجواب في المرتهنين
والوكيلين بالشرى اذا سلم احدهما الى الاخر ما يمكن قسمته ضمن عند ابي حنيفة وقالا لاحدهما
ان يحفظه باذن الاخر فيما يقسم ايضا لان المالك رضي بامانتهما فهذا الذي دفعه اليه
كان المالك راضيا بثبوت يده عليه وحفظه له كما لا يحتمل القسمة وله ان
المالك رضي بحفظهما لا بحفظ احدهما كله وهذا لان الاصل في فعل المشتركين الاثنين اذا اضيف
الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الاخر ولم يرض المالك به
ضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده فاما فيما لا ينقسم فالمالك رضي بثبوت
يده على الكل لان المالك اذا اودعهما مع علمه انهما لا يجتمعان على حفظه اناء الليل والنهار
وامكنهما المهاياه فقد صار راضيا بحفظ واحد منهما جميعه واذا اودعه وديعة وقال
لا تدفعها الى امراتك وعبدك وولدك واجيرك ومن في عياله فانا اتهمهم عليها فدفعها الى
من نهاه عنه فهلكت فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له سواه اهل وخدم فهو ضامن
وان كان لا يجد بدا من ذلك لم يضمن لان شرطه هذا مقيد فقد ياتمن الانسان الرجل على المال

٧٧

ولا يأتمن عياله الا انه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب الامكان فان كان يجد بدا من الدفع الى من نهى عنه
فهو متمكن من حفظها على الوجه المامور به فيضمن بحفظها على الوجه المنهي عنه وان لا يجد بدا
من ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ دونه صار النهي عن الدفع اليه كالنهي عن الحفظ فصار
مناقضا لاصله فبطل وهذا كمن اودع دابة وقال لا تدفعها الى غلامك او نهاه عن الدفع
الى امراته والوديعة شيء يحفظ على يد النساء والرجل ممن لا يجد بدا عنها فهذا شرط يناقض
اصله فصار باطلا وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت اخر من الدار لم يضمن وان
حفظها في دار اخرى ضمن وفي الجامع الصغير وان امره بالحفظ في دار بعينها ونهاه عن الحفظ في
بيت اخر من تلك الدار فحفظ في بيت اخر لا يضمن والاصل ان الشرط انما يصح اذا كان
مفيدا والعمل به ممكنا والنهي عن الوضع في دار اخرى مفيد لان الدارين يختلفان في
الحفظ والامن فصح الشرط وصح النهي لانه مفيد وامكن العمل به فاما البيتان في دار واحدة
فقلما يختلفان في الحرز فالمتمكن من الاخذ من احدهما ليس يكون متمكنا من الاخذ من
البيت الاخر فصار الشرط غير مفيد وبعدم العمل به ايضا فلا يعتبر كما لو قال احفظها بيمينك
دون يسارك الا ترى انه لو قال احفظها في هذا الصندوق في هذا البيت فحفظها
في صندوق اخر في ذلك البيت لا يضمن لان تعيين الصندوق في هذه الصورة شرط
لا يفيد لان الصندوقين في بيت واحد لا يتفاوتان حتى لو ظهرت بين البيتين بان كانت الدار
التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط
ومن اودع رجلا وديعة فاودعها المودع اخر من غير عياله فهلكت ضمن الاول دون
الثاني عند ابي حنيفة وعندهما له ان يضمن ايهما شاء لان الاول خان بالتسليم بغير اذن
المالك والثاني متعد بالقبض بغير اذن المالك فللمالك ان يضمن ايهما شاء كالغاصب
ومودع الغاصب والمشتري من الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمان
ملكه فتبين انه اودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع وان ضمن الثاني يرجع على
الاول لانه في القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما ضمن بسببه وله ان المال
وصل الى الثاني من يد امين فلا يضمن كما لو فعله بامر صاحب المال وهذا لان الضمان
لا يجب بمجرد الدفع ما لم يفارقه لان الحفظ لا يفوت ما دام في مجلسه والمالك انما
رضي بحفظه ورايه لا بصورة يده بدليل انه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت

في

لم يضمن واحد منهما فصار نفس الايداع الذي لا يقطع راي الاول مطلقا فلم يضمن به فاذا فارق الاول الثاني
فانما يضمن الاول بالصنع بترك الحفظ الملتزم بالعقد حين فارقه واما الثاني فما ترك الحفظ بعد
الافتراق بل هو امين استمر على الحالة الاولى ولم يفوت حفظا التزمه بعقد ولم يوجد منه صنع
يجب به الضمان بعده فلا يضمن فصار هذا في حقه كثوب هبت به الريح والقته في حجره فاذا
هلكت من غير صنعه لم يضمن فان قيل الاول انما يصير مضيعا بالمفارقة لا يصلح حافظا وامينا لان الثاني م
والا لا يضمن كما لو اودعه عند عياله وفارقه فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان ضرورة
ان يضمن الثاني قلنا رب المال لو قال اذنت لك ان يدفعه الى فلان لكن بشرط ان لا
يفارقه ففارقه ضمن الاول دون الثاني وهذا تقدير مسئلتنا فصار الثاني مودعا متعديا
في حق نفسه لانه لما لم يصر نفس الايداع جناية بل صار داخلا في ولايته حال حضرته
حصلت الوديعة في يد الثاني امانة فلا يضمن بالامساك رجل في يده الف فادعاها
رجلان كل واحد منهما يدعي انه له اياه فابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخر بينهما اودعه ع
لانه صحت دعوى كل واحد منهما فتوجهت اليمين لهما وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان
كل واحد منهما ادعاه بانفراده والمسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان يحلف لكل واحد منهما او
يحلف للاول وينكل للثاني او بالعكس او ينكل لهما فان حلف لكل واحد منهما فلا شيء لهما
وان حلف للاول ونكل للثاني فالالف له ببذله او باقراره وان نكل للاول وحلف
للثاني فالالف للاول ولا شيء للثاني وان نكل للثاني ايضا فالالف بينهما لانه اوجب الحق
لكل واحد منهما ببذله او باقراره وعليه الف اخر بينهما لان نكوله اوجب لكل واحد منهما
كل الالف كان ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى هذا
ونصف هذا الى هذا فيغرم ذلك وينبغي للقاضي ان لا يقضي بالنكول للاول حتى يحلف للثاني
ليظهر له وجه الحكم هذا الخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يقضي بالالف للمقر له لان
الاقرار حجة موجبة بنفسه لا يتوقف على القضاء فحين اقر به للاول يثبت الحق له فيؤمر
بالتسليم اليه واما النكول فانما يصير حجة بالقضاء لانه بذل صورة او بدل فحين نكل
الاول لم يثبت الحق له فلا يقضى له فلو قضى القاضي للاول حين نكل مع انه ليس له ذلك
لا يبعد قضاؤه حتى لو حلفه للثاني بعده فنكل يكون الالف بينهما ويغرم الف اخر بينهما
لان تقدم اليمين لاحدهما اما ان يقع باختيار القاضي لان للقاضي ان يبدا بايهما شاء

٧٨

للبعد والجمع بينهما وعدم الرجحان لاحدهما او بالقرعة تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة الميل وكل واحد منهما
لا يصلح لابطال حق وايجاب حق فلم يكن القضاء للاول مبطلا حق الثاني ووضع الخصاف
المسئلة في العبد وقال لو قضى بنكوله للاول نفذ قضاؤه لان القضاء وقع في محل الاجتهاد
فان من العلماء من قال بان المدعى عليه متى نكل لاحدهما فالقاضي يقضي به للاول ولا ينتظر
حلفه للثاني لان النكول اقرار لا يحلف للثاني لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول ويبتغي
ان يحلفه عند محمد بالله ما هذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه وعند
ابي يوسف لا يحلفه بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة لفلان ثم قال لا بل اودعنيه فلان
ودفع الى الاول بقضاء ضمن عند محمد لانه اقر بلزوم الاقرار وان ادعى كل واحد منهما الوديعة
هذا العين فاقر به لاحدهما ودفعه اليه فعند ابي يوسف ليس للاخر ان يستحلفه لانه حين اقر به
لا يلزمه الضمان لان الاتلاف على الاخر انما حصل بدفع العبد الى المقر له والدفع حصل بالقضاء
فلا يكون موجبا عليه الضمان فاذا انكر لا يستحلف وعند محمد يستحلفه لانه حين اقر به
يلزمه الضمان لانه بعقد الوديعة التزم الحفظ والتزم الضمان بترك الحفظ فحين اقر به
لانسان فقد سلطه على الاخذ فصار تاركا للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن
كما لو دل سارقا على السرقة فاذا انكر يستحلفه حر اودع عبدا محجورا وديعة فدفعها
الى عبد محجور اخر فضاع عند الثاني فله ان يضمن الاول بعد عتقه لانه سلطه على اتلافه
وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل شرط الضمان في حق المولى فلا يضمن الثاني
لان مودع المودع لا يضمن عند ابي حنيفة اذ المراد كذا في الجامع الكبير لفخر الاسلام
وشمس الائمة السرخسي وغيرهما وذكر في الحصر والمختلف ناقلا عن الجامع الكبير
وله ان يضمن الثاني في الحال لانه لم يسلطه ولم يرض بقبضه فيضمن بفعله وهو مؤاخذ بافعاله
في الرق وعند ابي يوسف يضمن ايهما شاء في الحال لان المحجور المودع يضمن بالاتلاف
عنده ودفعه الى غيره بغير اذن المالك اتلاف وكذا قبض الثاني سبب الضمان
وعند محمد ليس له ان يضمن الاول ما لم يعتق لانه مع ابي حنيفة في ايداع العبد المحجور
ولا يضمن الثاني ايضا ما لم يعتق واحد منهما لانه لو ضمنه لكان له ان يرجع على
الاول لانه استعمله ويصير ذلك تضمينا قبل العتق وهو لا يقول به ولو اودع
رجل عند عبد محجور وديعة فاودع هذا العبد عند عبد محجور اخر ثم اودع الثاني

احفظ ثم عند الدليل
وعند ابي يوسف
لان الرجوع اكل
وقد صح م

عند الثالث فهلكت عند الثالث فلا ضمان على الثالث وان عتق لانه مودع المودع وهو غير ضامن
عنده ويغرم الاول بعد عتقه والثاني في الحال لانه استهلكه بدفعه الى الثالث ومودع
المودع يضمن عنده اذا جنى وعند ابي يوسف له ان يضمن اي الثلاث شاء في الحال لان
الاول ضمن بتسليم مال غيره بغير اذنه والثاني كذلك والثالث قبض مال غيره بغير اذنه
وعند محمد لا ضمان على الاول ما لم يعتق لانه مع ابي حنيفة في ايداع العبد المحجور وله ان يضمن
الثاني او الثالث في الحال لتعلمها من غير تسليط المالك ولو قال المودع لرب الوديعة
قبضت بعض وديعتك ثم مات المودع فقال صاحبها لم اقبض شيئا امر ببيانه لانه قد
ثبت اخذ شيء بقول المودع لانه قوله بما دعا عليه كانه اقر بنفسه فعليه بيانه فان قال
قبضت مائة وقالت الورثة شعابه فالقول للمالك مع يمينه لانه ينكر الزيادة وكذا لو
اقر المالك في حيوته او بعد موته بقبض البعض

كتاب العاريه

يقال استعرت منه الشي فاعارنيه واستعرته اياه على حذف الجار وهي مشتقة من التعاور
وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة بالاسترداد متى شاء
ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بهما الا باستهلاك العين
فلا تعود النوبة الى عينه ليكون اعارة حقيقة والمعهود النوبة اليه في المثل وما ملك
الانسان الانتفاع به على ان يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضا وشرعيتها بالكتاب
لانها اعانة بمنفعة ماله واحسان وكلاهما منصوصان واوعد مانعوا العواري بقوله
تعالى ويمنعون الماعون فقد جاء في التفسير انه منع العواري ولما كان المنع مذموما
كان الاعطاء محمودا والسنة فقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من
صفوان واجماع الامة وهي تمليك المنفعة بلا عوض وقال الشافعي والكرخي هي اباحة الانتفاع
لا تمليك المنفعة ولهذا تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط اعلام مقدار المنفعة ببيان
المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة والجهالة تمنع صحة التمليك ولا تمنع صحة الاباحة
وتبطل الاعارة بالنهي ولو كانت تمليكا لما بطلت بالنهي كالهبة والاجارة ولا يملك المستعير
الاجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض ملك تمليكه من غيره بعوض وبغير عوض
كالموهوب له ولنا انها تنبئ عن التمليك لانها من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك
بغير عوض والعارية في المنفعة كذلك ولهذا تنعقد بلفظ التمليك بان يقول ملكتك

٧٩

منفعة داري هذه شهرا واختصت بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وما يجوز تمليك منفعته
بعوض يعقد الاجارة ولان المنفعة تحتمل التمليك بعوض دفعا للحاجة فتحتمل التمليك
بغير عوض كالعين فنزلت الاعارة من الاجارة منزلة الهبة من البيع في الاعيان وانعقاد
الاعارة بلفظ الاباحة لانها استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة
مع انها تمليك المنفعة وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة
المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها
غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة العقد بخلاف المعاوضات
لتعلق صفة اللزوم بها فاشترط اعلامها لقطع المنازعة ولان الملك انما يثبت عند حصول
القبض وهو الانتفاع وعند القبض معلوم فالجهالة قبله لا تفضي الى المنازعة ولهذا لو
عين المنفعة لا تسمية في الاجارة لا يشترط فيها ضرب المدة كما في الصبغ والخياطة والنهي منع
عن التمليك فلا تحصل المنافع على ملك المعير بعد دليل الرجوع والاسترداد لا ابطال للملك بعد
ثبوته وانما لا يملك الاجارة لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانها ملكها على وجه يملك
من الاسترداد متى شاء ولو صحت الاجارة منه لم يتمكن من الاسترداد لانها لازمة حينئذ
لكونها بتسليط المعير فهو نظير ما لو استاجر دابة او ثوبا ليس له ان يوجر من غيره لئلا
يضر بالموجر ويصح بأعرتك لانه صريح فيها واطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف
الى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وان اضيف الى ما لا يطعم كالارض يراد به اكل
غلتها اطلاقا لاسم المحل على الحال ومنحتك ثوبي هذا او جاريتي هذه لانه اذا اضيف
الى ما لا ينتفع به مع بقاء عينه فهي هبة وان اضيف الى ما ينتفع به مع بقاء عينه فهي عارية
وحملتك على دابتي هذه لانه يقال في العرف حمل فلان فلانا على دابته ويراد به الاعارة
لان الحمل هو الاركاب حقيقة فكان عارية وقوله في الهداية ومنحتك
هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم
ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا مشكل من وجوه احدها انه قال اذا لم يرد
به الهبة وكان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بهما بدليل العلل ويمكن ان يجاب عنه بان
الضمير يرجع الى المذكور لقوله تعالى عوان بين ذلك وثانيها انه جعل هذين اللفظين
حقيقة لتمليك العين ومجاز التمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها

وحملتك على هذه الدابه اذا نوى بالحملان الهبه وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقه فيكون عاريه
لكنه يحتمل الهبة في بيان الفاظها وتا لثها انهما لما كانا لتمليك العين حقيقه والحقيقه
يراد باللفظ بلا نيه فعند عدم اراده الهبه لا يحمل على تمليك المنفعه بل على الهبه واخدمتك
عبدي هذا لانه اذن في استخدامه وداري لك سكنى لانها وان كانت لتمليك العين
ظاهرا فهي تحتمل تمليك المنفعه وقوله سكنى محكم في العاريه فجعلنا المحتمل على المحكم وكانه
قال سكناها لك وداري لك عمري سكنى يقال اعمره الدار اي قال له هي لك مده عمرك
والعمرى اسم منه فصار معناها جعلت سكناها لك مده عمرك وللمعير ان يرجع في العاريه متى
شا لقوله عليه السلم المنحه مردوده والعاريه موداه ولان المنافع تحدث شيا
وشيا فالملك فيها بحسب حدوثها فالرجوع بالاضافه الى المنافع التي لم تحدث
يكون امتناعا عن التمليك وله ولايه الامتناع والعاريه امانه ان هلكت بلا تعد لا تضمن
سوا هلكت من استعماله او لا من استعماله وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهم
وقال الشافعي ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا في حال الانتفاع
يضمن وهو قول الشافعي ابن عباس وابي هريرة رضي الله عنهما لقوله عليه السلم العاريه مضمونه
ولانه قبض مال الغير لنفسه لا على استحقاق تقدم فكان مضمونا عليه كالمقبوض على
سوم الشرى والمستقرض بخلاف المودع لانه ما قبض لنفسه بل لمنفعه المالك وهو
الحفظ ولهذا لا يلزمه مونة الرد وبخلاف المستاجر لان قبضه مستحق ولهذا جبر
الموجر على تسليم الدار ومتى سلم لا يملك الاسترداد حتى تمضي مدة الاجارة والموصى
له بخدمه العبد فان العبد لا يصير مضمونا عليه وان قبضه لنفسه لان قبضه مستحق ولهذا
يجبر الورثه على التسليم العبد اليه ولا يلزم انه ماذون بالقبض لانه انما ثبت الاذن
بالقبض ضرورة الانتفاع اذ لا يمكنه الانتفاع الا بقبض العين والثابت بالضروره
يتقدر بقدرها فيظهر في حاله الانتفاع لا في غير حاله الانتفاع فبقي القبض
في غير حاله الانتفاع غير ماذون فيه فيضمن ولان قبض العاريه يوجب ضمان
الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمه حال هلاك العين كقبض الغصب ولنا
قوله عليه السلم ليس على المستعير غير المغل ضمان فان قيل يحمل الحديث على الهلاك
حال الانتفاع ليكون توفيقا بين الحديثين ودفعا للتعارض قلنا ما رويتم

محمول على ضمان الرد وهذا اولى من حمله على ضمان العين فلا تعارض ولانه قبض العين للانتفاع به باذن
صحيح من المالك فلا يكون مضمونا عليه كالمستاجر وهذا لان الضمان انما يجب اما لالتزام بالعقد
او بعدوان على المالك جبرا والعقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبه والعدوان
معدوم لوجود الاذن وبوجود الاذن للانتفاع فلا الحاجه الى اعتبار الاذن
لنزول به صفه التعدي عن القبض والتعدي لا يرتفع بالاذن سوا حصل القبض للانتفاع
او لغيره ولان الاذن بالقبض وجد مطلقا غير مقيد بحال الانتفاع وهذا لان الضروره
كما دعت الى اظهار الاذن بالقبض في حال الانتفاع دعت الى اظهار الاذن بالقبض
في غير حال الانتفاع ايضا لانه انما ينتفع بمال الغير حسب انتفاعه بمال نفسه وانما
ينتفع بمال نفسه ساعة دون ساعه اذ لو انتفع به دائما لهلك فكان امساك العين
للانتفاع في باقي الحال ماذونا فيه ضروره فلا يضمن وانما وجب ضمان الرد مونه
للقبض الحاصل لنفسه وهو كالنفقة تجب على المستعير لان منفعة القبض حاصلة له لا
لنقض القبض والضمان في المقبوض على سوم الشرى لا يلزم بالقبض نفسه ولكن
القبض بجهة الشرى اذ القبض بجهة الشرى مضمون بالعقد فكذا بجهته والعاريه
لا توجب الا التزام لزوم ما لا يلزم او عدم لزوم ما يلزم وهذا لان الاعارة غير لازمة في
الاصل والاجارة لازمة في الاصل فلو ملك المستعير الاجارة من الغير فاما
ان يقع هذه الاجارة لازمة او غير لازمة فان وقعت غير لازمة يلزم عدم لزوم ما يلزم وهو
خلاف موضوع الاجارة فكان باطلا فان وقعت لازمة يلزم لزوم ما لا يلزم
لانه اذا لزمت الاجارة تصير العارية لازمة ضرورة لعدم امكان الاسترداد فيكون
خلاف موضوع العارية وهو باطل ولا يرهن لما مر وهي كالوديعة فانها لا توجر ولا ترهن
فان اجر فعطب ضمن حين سلمه الى المستاجر لان العارية لما لم تتناول الاجارة
كان التسليم اليه غصبا وان شا المعير ضمن المستاجر لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه
فان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه تبين انه اجر ملك نفسه وان ضمن
المستاجر يرجع على المستعير اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور
عن نفسه وان علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور وله ان يعير وقال
الشافعي ليس له ان يعير وهو بناء على ان الاعارة اباحة المنافع والمباح

الطعام لا يقدر ان يبيح غيره وهذا لانه يسوي غيره بنفسه فيما هو من حق المعير وانما له هذه
الولاية في حق نفسه لا في حق الغير وعندنا يملك المنافع والمالك يملك التمليك من الغير
كالمستأجر يملك ان يؤجر والموصى له بالخدمة يملك ان يعير لانه بالتمليك من الغير يتصرف
في ملك نفسه ويسوي غيره بنفسه في حق نفسه وهو صحيح ثم هذه المسألة على وجهين
اما ان حصلت الاعارة مطلقة في المنتفع بان اعار ثوبا للبس ولم يسم اللابس او دابة
للركوب ولم يسم الراكب او دابة للحمل ولم يسم الحامل وفي هذا الوجه له ان يعير
سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب
في الدابة فان الناس يتفاوتون في اللبس والركوب فلبس القصاب والدباغ لا يكون
كلبس الصراف والبزاز وركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي او لا يتفاوتون
في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ ولكن انما يملك الاعارة من غيره
اذا لم يلبس المستعير ولم يركب بنفسه فان لبس او ركب بنفسه فاراد ان يعير من
غيره او البس غيره او اركب غيره اولا ثم اراد ان يركب او يلبس بنفسه فقد اختلفوا
فيه والصحيح انه لا يملك ذلك ولو فعله ضمن لانه لما اطلق فله ان يعين ففي الاولى
تعين الركوب وفي الثانية الاركاب وتعيينه كتعيين المالك ولو عين المالك
يصير بالفعل كذا هنا وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار ليلبس بنفسه او ليركب
بنفسه او ليحمل بنفسه فله ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع كما في الحمل وليس
له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب هذا هو الكلام
في اعارة المستعير واما الكلام في استعماله المستعار فهو على اربعة اوجه احدها
ان يكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع فللمستعير ان ينتفع اي نوع شاء في اي وقت
شاء عملا باطلاق اللفظ وثانيها ان يكون مقيدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على
نوع منفعة وليس له ان يتعدى ذلك عملا بالتقييد الا ان يكون خلافا الى خير او
الى مثل المسمى والحنطة مثل الحنطة والحنطة حنطة احد وثالثها ان يكون مقيدة في
حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وفي هذين الوجهين يجري ما اطلق
على اطلاقه وما قيد على تقييده وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان

الاعارة اذن في الانتفاع ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها ولا يملك استهلاك
عينها الا بملك عينها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذا بالهبة او القرض والثاني ادناهما والقرض ؟
ضررا لانه يوجب المثل والهبة لا توجبه فيثبت ولان المستعير يلزمه رد العين بعد
الانتفاع وتعذر رد العين هنا فاقيم رد المثل مقام رد العين لوا وهذا اذا اطلق
العارية اما اذا عين الجهة بان استعار صرفا دراهم او دنانير ليزين بها دكانه او ليعاير بها
ميزانا فانه لا يكون قرضا لتعين جهة الانتفاع بها مع بقاء العين وصار كما اذا استعار
آنية يتجمل بها او سيفا محلى او سكينا محلى او منطقة مفضضة او خاتما لم يكن شيء من
هذا قرضا لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن فصار نظير سائر العواري وان
استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز لانه منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا
بالاعارة بل اولى لانها تبرع وللمعير ان يرجع فيها لان العارية لا تقع لازمة فله ان يرجع
ويكلفه قلع البناء والغرس لانه شغل ارض الغير به فيؤمر بتفريغه ثم ان لم يوقت
العارية فلا يضمن شيئا من الغرس او البناء لان الضرر الذي يلحق المستعير انما يلحقه
لمعنى من قبله حيث غرس او بنى في محل كان لغيره حق الرجوع فيه والمعير لم يصر غارا
له ولكن المستعير مغتر بنفسه حيث ظن بمطلق العقد انه يتركها في يده مدة طويلة
من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت كره رجوعه
وان صح لما فيه خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع للمستعير
وقال زفر لا يضمن لان التوقيت والاطلاق فيهما سواء لبطلان التأجيل
في العواري ولنا ان المعير بالتوقيت يصير غارا للمستعير لانه نص على
ترك الارض في يده وقرار بنائه او غرسه فيها في المدة التي سمى والمستعير بنى او
غرس بناء على وعد سابق جرى من المعير فاذا رجع قبل ذلك صار غارا وللمغرور
ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار فان قيل الغرور بمباشرة عقد
الضمان سبب الرجوع الا ترى انه لو استحق الموهوب بعد هلاكه وضمن الموهوب
له لا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع
لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلنا كلام العاقل
يحمل على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية فعلم ان

وايضا التزام قيمة البنا او الغرس اذا اراد اخراجه قبله وكان تقدير كلامه كانه قال ابن في هذه
الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فانا ضامن لك
ما تنفق في بنائك وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه
ويكونان له الا ان يشا المستعير ان يرفعها ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لان البنا
والغرس ملكه وانما اوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي بالتزام هذا
الضرر كان هو احق بملكه وهذا اذا لم يكن القلع مضرا بالارض فان كان مضرا بها فالخيار
لرب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع فكان الخيار لصاحب الاصل
لرجحانه ولو استعارها ليزرعها لم توخذ منه الارض حتى يحصد الزرع وقت ام لم يوقت
استحسانا لان لادراكه وقتا معلوما فكان في الترك مراعاة الحقين فكان اولى من
القلع ولان في قلع الزرع ضرر بالمستعير في ابطال ملكه وفي الترك في يد المستعير ضرر
بالمعير من حيث تاخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر التاخير بخلاف البنا او الغرس لانه
ليس له امد معلوم فيكون الضرر من الجانبين ضرر ابطال الحق فيرجح صاحب الاصل على
صاحب التبع ومونة رد العارية على المستعير والوديعة على المودع والمستاجر على الموجر
والمغصوب على الغاصب والرهن على المرتهن والاصل ان مونة الرد على من وقع
القبض له لان الخراج بالضمان فاذا ثبت هذا نشرح لك هذه المسايل اما الاول
فلانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه والاجر مونة الرد فيكون عليه واما الثاني
فلان منفعة قبض الوديعة للمودع واما الثالث فلان المنفعة حصلت للموجر معنى حيث
سلم له الاجر والرد غير واجب على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية
واما الرابع فلان الرد واجب عليه لقوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى ترد فتكون
مونة الرد واجبة عليه واما الخامس فلان قبضه قبض استيفا فكان قابضا لنفسه وصح
الكفيل برد العارية والمغصوب لانه التزم فعلا واجبا ولو توكل بالرد لا يجبر الوكيل
على النقل الى منزله بل يدفعه اليه حيث يجده لان الوكيل لم يضمن شيا وانما وعد
ان يتبرع على الامر بخلاف الكفيل لانه ضمن وهذا كما لو وكل رجلا بتقاضي دينه فامتنع
الوكيل عن القضا لا يجبر عليه واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها او
استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه فهلك لم يضمن استحسانا والقياس ان يضمن

لانه لم يرد العارية على مالكها ولا على وكيل مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم
المتعارف لانه رد العارية الى المربط او الى دار المالك وهما في يد المالك حكما فكان ردهما
الى يد مالكهما حكما وهذا لان رد العواري الى دار الملاك متعارف كالة البيت والناس
يحفظون دوابهم بالمرابط ولو ردها على المالك فالمالك يردها الى المربط وكذا لو استعار
دابة فردها مع عبده او اجيره لا يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة
لا مياومة وانما كان له الرد بيد من في عياله لانه لا يتهيا له الرد بيد نفسه لا محالة
فكان له الرد بيد من في عياله كما للمودع حفظ الوديعة بيد من في عياله لانه لا يتهيا
له الرد بيد نفسه لا محالة فكان له الرد بيد من في عياله بهذا الطريق وكذا لو ردها
مع عبد رب الدابة او اجيره لا يضمن لان المالك راض به عادة الا ترى انه لو ردها
اليه فهو يردها على عبده قيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي
غيره وهو الصحيح لان الذي لا يقوم عليه قد يبعثه في بعض الاوقات وان كان لا يبعثه
دايما وان ردها مع اجنبي ضمن اذا هلكت ودلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك
الايداع من اجنبي قصدا لانه لما وضعه في يد الاجنبي للرد يكون هذا ايداعا ومع هذا
قال يضمن وبه اخذ بعض المشايخ وقال مشايخ العراق انه يملك الايداع وعليه
الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعا وتمليك المنافع فلان يملك الايداع وليس
فيه تمليك المنافع اولى واولوا هذه المسئلة بان موضوع المسئلة فيما اذا كانت العارية
موقتة وقد انتهت بانقضاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الايداع
بالاتفاق ولو رد الوديعة او المغصوب الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان
الواجب على الغاصب نسخ فعله وذا بالرد الى المالك دون غيره والودايع ترد
الى الملاك الى انفسهم لا الى دورهم ولا الى يد من في عيالهم عرفا وهذا لانه لو رضي بذلك لما
اودعها اياه والعواري ترد الى دار المالك عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر
لم يردها الا الى المعير لانه لا عرف فيه ومن اعار ارضا بيضاء ليزرعها يكتب المستعير
انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان الاعارة هي اللفظ الموضوع
لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى من الكتابة بالمستعار وصار كاعارة الثوب
والدار فانه لا يكتب ثم السبق والسكنى وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد

من الاعارة لانها تخص الزراعة واعارة الاراضي قد تكون للزراعة وقد تكون للبناء ونصب الفسطاط
ولفظة الاعارة لا تدل على شيء من هذه الانواع عينا وكانت الدلالة بصيغة الاطعام ليعلم ان
عرضه الزراعة اولى بخلاف اعارة الدار والثوب لان اعارتهما للسكنى واللبس فقط وهذا
العرض يصير معلوما بقوله اعرتني والله اعلم

كتاب الهبة

هي التبرع بما ينفع الموهوب له لغة يقال وهب له مالا وهبا وهبة وموهبة وقد
يقال موهبة مالا ولا يقال وهبت منه وسمي الموهوب هبة وموهبة والجمع
هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه سأله وتمليك العين بلا عوض
شريعة واهلها اهل التبرع وهو الحر المكلف وركنها الايجاب والقبول لانها
عقد وتمام العقد بالايجاب والقبول وانما حنث لو حلف ان لا يهب فوهب
ولم يقبل لانه انما منع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير وشرطها
ان يكون الموهوب مقسوما محوزا او غيره وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها بقوله
تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها مثلها والمراد بالتحية العطية
وقيل المراد بها السلام والاظهر هو الاول فان قوله او ردوها يتناول ردها بعينها
وذا انما يحتمل في العطية لان رد عين الكلام متعذر وقوله عليه السلام تهادوا
تحابوا واجماع الامة ولانها من باب الاحسان واكتساب سبب التودد من الاخوان
وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان ويصح بايجاب كوهبت ونحلت واعطيت واطعمتك
هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا
نوى بالحملان الهبة وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى او سكنى هبة وقبول وقبض
اما الايجاب والقبول فلما بينا واما الانعقاد باللفظ الاول فلانه صريح فيها وكذا ما
بالثاني والثالث فلانهما يستعملان للتمليك بغير عوض قال عليه السلام اكل اولادك نحلت
مثل هذا وعن عايشة ان ابا بكر نحلها ارضا فلم يقبضها حتى حضره الموت فقال لها
انك لم تقبضيها وانما هي للوارث ويقال اعطاك الله ووهبك بمعنى واما الرابع
فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بغير عوض وذا يكون
بالهبة بخلاف ما لو قال اطعمتك هذه الارض فانه يكون عارية لان عينها لا تطعم فمعناه
اطعمتك ما يحصل منها فكان تمليكا للمنفعة الارض دون عينها واما الخامس فلان

اللام للتمليك فكان معنى كلامه ملكت هذا الثوب لك الا ترى ان في التمليك ببدل لا فرق بين
لفظ الجعل والتمليك فكذا في التمليك بغير بدل وكسوتك هذا الثوب بمعناه لانه للتمليك
العرف قال الله تعالى او كسوتهم والكفارة لا تتأدى الا بتمليك الثوب ويقال كسى الامير
فلانا ثوبا اي ملكه منه واما بالسادس فلقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
بعده وكذا لو قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما بينا واما بالسابع فلان الحمل على الدابة
الاركاب وهو تصرف في منفعتها لا في عينها فتكون عارية الا ان يريد به الهبة لانه قد
يذكر للتمليك يقال حمل الامير فلانا على فرس اي ملكه فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد
عليه فتصير نيته واما بالثامن فلان قوله داري لك هبة ظاهر في الهبة وقوله
تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود انه ملكه الدار ليسكنها وهذا معلوم وان لم
يذكر فلا يغيره حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب
لك تلبسه وهذا بخلاف قوله داري هبة سكنى وسكنى هبة فانه عارية لان الاصل
ان المتكلم اذا ذكر في آخر كلامه ما يغير حكم اوله واول كلامه يحتمل ذلك التغير يتغير
به حكم الكلام كما في الاستثناء والتعليق بالشرط وقوله داري لك ظاهر في التمليك او لم
الرقبة ولكن يحتمل تمليك المنفعة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بحائط فاعجبه فقال
لمن هذا فقال رافع بن خديج استأجرته فقال عليه السلام لا تستأجره بشيء منه كما لو
حلف لا اسكن دارا لفلان فانه يحنث بالاجارة والاعارة قبل الاعارة ان لام الملك
يحتمل ملك المنفعة فكان اول كلامه محتملا لتمليك السكنى وقوله سكنى محكم في
تمليك المنفعة لانه لا يحتمل تمليك الرقبة وانه خرج تفسيرا لاول الكلام فتغير به حكم اول
الكلام وصار المحكم قاضيا على المحتمل وكانه قال لك سكنى داري فيكون عارية
وكذا لو قال داري لك عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة
عارية هبة فهذه كله عارية لما بينا واما القبض فلا بد منه لثبوت الملك
لا لثبوت الملك في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا وقال مالك يثبت لانه عقد تمليك
فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كالبيع والصدقة على هذا الخلاف
ولنا ان قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك والجواز
ثابت قبل القبض بالاتفاق ولان الهبة تبرع ولا يجوز ان يلزم المتبرع شيء لم يتبرع به

ولو ثبت الملك بمجرد العقد يثبت المطالبة بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع
وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات
ولا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد فائدة الملك التمكن
من التصرفات وذا انما يكون بسبيل من قبضه وهذا بخلاف الوصية لان الملك ثمة
بعد الموت ولا مطالبة للموصي ولا الزام لعدم اهلية اللزوم حينئذ والوارث لم
يعقد الوصية فيه لتاخرجه عن الوصية فلم يكن القول بثبوت الملك ايجاب شيء على
المتبرع فان قبض الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد
الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان
القبض تصرف في ملك الواهب والتصرف في ملك الغير لا يصح الا باذنه وجه الاستحسان
ان القبض هنا بمنزلة القبول من حيث يتوقف الملك عليهما فكما ان الايجاب منه يكون
تسليطا على القبول فكذا يكون تسليطا على القبض الذي هو نازل منزلته بخلاف ما اذا
قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط على القبض الحاقا له بالقبول والقبول
لا يتقيد بالمجلس فكذا ما نزل منزلته ولو نهاه عن القبض لا يصح في المجلس وفي غير المجلس
اذ لا عبرة للدلالة بمقابلة الصريح وكذا هذا في الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد
لانها كالهبة في الافتقار الى القبض وتصح الهبة في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم وفيما
يقسم لا يصح وقال الشافعي يصح ونعني بالمحوز ان يكون مفرغا عن املاك الواهب وحقوقه
وبما لا يقسم ما لا يحتمل القسمة اي لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد واحد ودابة
واحدة او لا يبقى منتفعا بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت
الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير ونعني بالمقسوم ان يبقى منتفعا في الحالين قبل القسمة
وبعدها له ان الهبة عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع وهذا لان الشائع محل لما هو
موجب هذا العقد وهو الملك فيكون محلا لهذا العقد اذ الشرط في محل اضيف
اليه العقد كونه محلا لحكم هذا العقد وقد وجد ولا يلزم ان البيع لا يفتقر الى
القبض بخلاف الهبة لان البيع الفاسد لا يوجب الملك الا بالقبض ويوجبه
في المشاع كما يوجبه في غيره والمشاع يصلح راس مال السلم وبدل الصرف ولان الهبة
عقد تبرع فيكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع لا يمنع القرض فانه لو دفع الف درهم

الى رجل على ان يكون نصفه قرضا ويعمل في النصف الاخر بشركته فانه يجوز ذلك مع القبض
اذ القبض شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا يشترط القسمة والوصية وهي تبرع
بعد الموت فكذا التبرع في الحياة والقبض متصور في المشاع كما يتصور في المفرز
فان المعنى بالقبض ثبات على التسليم وعليه من المالك وذا يتحقق فيه بان يهب
البعض ويسلم الكل فصار القبض مسلما بتسليم الكل ضرورة وصار كالمشاع الذي
لا يحتمل القسمة ولنا ان الخلفاء الراشدين وغيرهم شرطوا القسمة لان شرط القبض منصوص
عليه فيراعى وجوده على اكمل الجهات كشرط استقبال القبلة في الصلوة لما كان
منصوصا عليه شرط الكمال فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلوته مع انه من
البيت بالسنة وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون
الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان
القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه
دون وجه لانه في يده من وجه وفي يد شريكه من وجه فتمام الحيازة بالقسمة لان القسمة
جمع الاجزاء المتفرقة وما لم يجمع لا يصير محوزا على الكمال في يده وذلك غير
موهوب فيمنع تمام الحيازة لما هو له لان ما للغير غير محوز له من طريق الحكم فاذا لم يحق
الحيازة في حق ملك الغير وجب لا يصير محوزا الا ليد صاحبه الحيازة ناقصة ولانه يفض
لا مادة الملك ولان اشتراط اصل القبض لمعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو ان لا
يصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في غير ما تبرع به لانه لو
ملك قبل القبض لطالبه بالتسليم اليه فكذا لو ملك قبل القسمة لطالبه بالقسمة فيصير
عقد التبرع موجبا ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يقسم لان
القبض لا يتصور فيه الا ناقصا فيكتفى به لانا لو اعتبرنا الكمال ينسد باب الهبة
اصلا وفيما يحتمل القسمة يتصور تسليم موفر فلا يكتفى بالقاصر منه ولانه لا يستوجب
حق المطالبة بالقسمة فلا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل يستوجب به المهاياة
قلنا المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين
ما تبرع به والقبض ليس بشرط للوصية والبيع الصحيح والقبض في البيع الفاسد
والصرف والسلم غير منصوص عليه وقوله عليه السلام يدا بيد لبيان التعيين

الا ان المعين في الثمن يكون بالقبض ولان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط
الابتدا او البقا اسهل من الابتدا ولانها عقود ضمان فيجوز ان يتعلق بها ضمان المقاسمة والعوض
تبرع ابتدا او عقد ضمان انتها لكونه مضمونا بالمثل فلا يبعد ان يتعلق به ضمان المقاسمة
ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقود الضمان لا نشترط فيه القسمة عملا
بالشبهين ولان شرط القبض فيه غير منصوص عليه فراعى وجوده على اكمل الجهات
ولو وهب نصيبه من الدار او من شي يحتمل القسمة لشريكه لم يجز عندهم لان الحكم معلق بالقبض
والقبض الكامل لا يتصور في الشايع فان قيل الفساد في الهبة من غير الشريك باعتبار
انه يودي الى ايجاب الضمان على المتبرع قلنا ان عدمت تلك العلة فقد وجدت
العلة الاخرى وهو ان القبض لا يتم في الجزء الشايع فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لا
فيه الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا له وما شرط لاتمام العقد فانما يعتبر
بما فيما تناوله العقد دون غيره فان وهب سهما مشاعا فسدت الهبة لما قلنا
فان قسم وسلم صح لان التمام بالقبض والشيوع زال عند القبض ولو وهب دقيقا في حنطة
او دهنا في سمسم لا يصح وان طحنها وسلمها وكذا السمن في اللبن لان العقد مضاف الى
المعدوم فلغى ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والعقد اذا بطل لعدم المحل لا ينقلب جايزا
بوجود المحل بل يفتقر بعد وجود المحل الى التجديد بخلاف المشاع لانه محل لانه موجود
وقت العقد وتصور القبض فيه لكن لا على سبيل الكمال واعتبارا لا عتبار في
بيع السمسم بالدهن للتفادي عن شبهة الربوا وهبة اللبن في الضرع والصوف
على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والثمر على النخل بمنزلة المشاع لان عدم الجواز
لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل وذا يمنع
القبض كالمشاع واذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له وديعة او عارية
او امانة ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض في باب الهبة
غير مضمون فيعرفه اصل القبض واصل القبض موجود ههنا فناب عن قبض الهبة
بخلاف ما اذا باع الوديعة من المودع منه لان البيع يقتضي قبضا مضمونا فصار قبض
المودع قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج الى تجديد القبض واذا باع صح
بوضعه العين ومضي وقت يتمكن فيه من قبضها ولذا الوجات مضمونة في يده بالقيمة

اذ المثل كالمقبوض على سوم الشرى والمغصوب ولو وهب له صح وثبت الملك بمجرد العقد
لوجود اصل القبض وزيادة بخلاف ما لو كان مضمونا بغيره كالمرهون والمبيع فانه فيهما يحتاج
الى تجديد القبض واذا وهب الاب لطفله ملكه الطفل بالعقد لانه في قبض الاب فينوب
عن قبض الهبة ولا فرق بينهما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع بمنزلة يد المودع
حكما فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده فان قيل قد قلتم اذا وهب
الوديعة من المودع جاز ولو كان يد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد
للمودع في الحقيقة فباعتبار الحقيقة نجعله قابضا لنفسه وبيده قامت مقام يد المودع
ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا قبل التمليك بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه
ولو رهن عبده من رجل وسلمه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز وكذا لو غصب عبده غاصب
ووهبه لابنه الصغير لانه ليس في يد الراهن والمغصوب منه حقيقة وحكما لكونه
مضمونا على المرتهن والغاصب والضمان انما يكون بتفويت اليد ولو باعه بيعا فاسدا
وسلمه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز لانه قد خرج عن ملكه فقد وهب ما لا يملكه فلا يجوز ولان
اليد لغيره حقيقة وحكما حيث كان في ضمان الغير والصدقة في هذا كالهبة وكذا
اذا وهبت للطفل امه شيئا وهو في عيالها وابوه ميت ولا وصي له جازت الهبة وقبض
الام بمنزلة قبض الاب لو كان حيا وكذا كل من يعوله كالعم والاخ لانه تمحض نفعا له وان
وهب له اجنبي هبة تمت بقبض وليه وهو الاب او الجد ابو الاب بعد ابيه او وصيهما
لان لهولاء ولاية عليه وقد تمحض التصرف نفعا له وكذا اذا كان في حجر امه او
اجنبي فقبضهما له جائز لان من يعوله فيما يتمحض منفعة لليتيم خلف عن وليه الا ترى
انه احق بحفظه وتربيته وهذا من ضرورات الحفظ فيكون له حكم الحفظ وهذا لان
الحفظ لا يحصل الا بصرف ولا بد في الكسب له لانه لا بقا عادة الا بقوت وملبوس ولا
بد ان يكون بسبيل من التحصيل في حقه فصار ذلك من ضرورته الا ترى انه لو اراد اجنبي
ان ينزعه من يده لم يكن له ذلك وله ان يسلم في تعليم الاعمال والخلف يعمل عمل
الاصل عند عدم الاصل وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز ان كان عاقلا لانه في
النافع المحض ملحق بالبالغ ويجوز قبض زوج الصغيرة بعد الزفاف وان كانت الولاية
عليها للاب دون الزوج لانه اقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها بعد

الزفاف بقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولكن اذا قبضه الاب صح
لقيام ولايته ولهذا يملكه مع حضرة الاب بخلاف الام ومن يعولها غيرهما فانهم لا يملكونه الا بعد موت
الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لانه انما يصح قبضهم عليه للضرورة ولا ضرورة
عند حضور من له ولاية عليه ولانه الزوج يفوض الاب امورها اليه دلالة وان
لم تزف الى بيت زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها فان
له عليها يدا مستحقة وذا لا يوجد قبل الزفاف وان وهب اثنان لواحد دارا صح
لانهما سلماها اليه جملة وهو قبضها جملة بناء على تسليمهما فلا يدخل فيه الشيوع
وبعكسه لا يصح اي ان وهبها واحد لاثنين لا يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح لانه تمليك
واحد فصار في حق هذا الشيء منهما لا انه يملك البعض منه والبعض منه لانه حينئذ يكون
تمليكين لا تمليكا واحدا وقضيته اضافة العقد اليهما اضافة واحدة ان يكون تمليكا
واحدا وهما قد قبضاها جملة فلا شيوع ولهذا لو رهن دارا من رجلين رهنا واحدا
صح ولو دخل فيه الشيوع لما صح اذ تأثير الشيوع في الرهن اكثر حتى لا يصح الرهن في
مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة وله ان الملك ثبت على الشيوع في
النصف لهذا وفي النصف لهذا بالاجماع والقبض لا يتحقق في المشاع وهذا لانه
لما ثبت ان الملك يحصل لهما شائعا ثبت ان التمليك وقع شائعا اذ الملك
حكم التمليك ومتى حكمنا بثبوت الملك في النصف لهذا وفي النصف لهذا فقد
حكمنا بانه يملك النصف من هذا ويملك النصف من ذا ولهذا لو كان مما لا
ينقسم فقبل احدهما صح ولو لم يملك النصف من كل واحد لما صح بخلاف الرهن
لان حكمه ما ثبت على المناصفة بل ثبت على سبيل الكمال في حق كل واحد منهما لان
حكم الرهن ملك الحبس ويتصور ان يكون ملك الحبس ثابتا لكل واحد منهما على الكمال
اذ لا تضايق في الحبس فيتصور ان يكون العين الواحد محبوسا بحق هذا على الكمال
وبحق هذا على الكمال بخلاف ملك العين فانه لا يتصور ثباته لكل واحد على سبيل
الكمال ولهذا لو قضى دين احدهما لا يكون له ان يسترد شيئا من الرهن ما لم يقبض
دين الاخر وبخلاف الاجارة من رجلين فانها جائزة مع ان اجارة نصف الدار
باطلة لان المانع ثمة استحقاق عود المستاجر الى يد الموجر في مدة الاجارة

بحكم المهاياة وذا لا يوجد في الاجارة من اثنين ولهذا جاز اجارة احد الشريكين من شريكه
بخلاف الهبة ولان الواجب هنا القبض وعنده يتحقق الشيوع وهو التسليم وهو يقع
جملة وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما
جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا ابو يوسف ومحمد يجوز كله وحاصله
انه اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لاثنين غير انه جعل الهبة مجازا عن الصدقة اذا
صادفت الفقير والصدقة مجازا عن الهبة اذا صادفت الغني لوجود المجوز اذ كل
واحد منهما تمليك بغير بدل وذكر في الاصل عقيب مسئلة الهبة وكذلك الصدقة
وهذا يدل على ان التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطلة عند ابي حنيفة
كالهبة فسوى بينهما في الاصل وفرق بينهما في الجامع الصغير وجه تلك الرواية
ان الصدقة باطلة في الشائع كالهبة لتوقفهما على القبض فوجب ان يستويا
في هذا ايضا اذ المفسد واحد وهو الشيوع ووجه الفرق على رواية الجامع
الصغير ان الصدقة يقع لله تعالى ولهذا لم يكن فيها رجوع وانما يصير للفقير نيابة عن
الله تعالى بحكم الرزق الموعود والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتمكن الشيوع فيها
فصح كالهبة اذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له اما الهبة فانما
تقع للموهوب له فيتمكن الشيوع عند تعدد الموهوب له فيمتنع الهبة وقيل المذكور
في الجامع الصغير هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل بقوله وكذلك الصدقة على
الغنيين فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين فلا يحتاج الى الفرق ولو وهب رجل
لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها وقبضاها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان
فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد لان هذه هبة واحدة من رجلين نص على التفاضل
والتساوي او لم ينص الا ترى ان في البيع من رجلين يجعل بين الرجلين على السواء
لو لم يقصد به اثبات الحكم في الابعاض فاذا نص على الابعاض على التفاوت المخالف
علمنا ان قصده اثبات الحكم في البعض لهذا والبعض لهذا فيدخل فيه الشيوع
ولهذا جوزنا الرهن من اثنين عند عدم التعرض للابعاض واذا تعرض بان قال
رهنتهما هذا الشيء على ان يكون النصف رهنا عند هذا والنصف رهنا عند هذا

كان تابعًا لان المنفصل يفرق العقد كذا هنا واما اذا نص على التناصف فقد امكن تصحيح
العقد بحمل هذا مجازا عن الموجب لان مطلق العقد يقتضي ثبوت التسوية في العقد
بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضي وقوع الملك على هذا المثال
فلا يمكن ان يجعل مجازا عن موجب العقد فيقتضي شيوعا في العقد فيفسد العقد ولو وهب
متاعا في دار او طعاما في جرابه وسلمها اي الدار والجراب بما فيهما صحت الهبة في المتاع
والطعام ولو وهب دارا وفيها متاع الواهب وسلم الكل الى الموهوب له او وهب جرابا
وفيه طعام الواهب وسلم الجراب لا تصح الهبة والاصل ان الموهوب متى كان مشغولا
بملك الواهب يمنع التسليم فيمنع صحة الهبة ومتى كان الموهوب شاغلا لا يمنع التسليم فيصح
الهبة ففي الفصل الاول الموهوب شاغل لا مشغول وفي الفصل الثاني الموهوب مشغول
بملك الواهب وهذا لان المظروف يشغل الظرف اما الظرف فلا يشغل المظروف
ولو وهب الدار ولم يسلم حتى وهب المتاع او وهب نصف دار ولم يسلم حتى وهب
النصف الآخر وسلم الكل جملة صحت الهبة في الكل لانه اذا سلم الكل جملة صار كانه
وهب الكل جملة بخلاف ما اذا فرق التسليم ولو وهب زرعا في ارض او ثمرا في
شجر او حلية سيف او بناء دار او قفيزا من صبرة وامره بالحصاد دون الجداد والنزع
والنقض والكيل وفعل جاز استحسانا ويجعل كانه وهبه بعد الحصاد والجداد
ونحوهما ان كان اذن له بالقبض وفعل ضمن لانه استهلك ملك غيره ولو وهبه دارا بمتاعها
وسلمها ثم استحق المتاع صحت الهبة في الدار لانه بالاستحقاق ظهر ان يده في
المتاع كانت يد غصب وصار كما لو غصب الدار والمتاع ثم وهب له الدار او وهب
الدار والمتاع ثم وهب له الدار فانه يصح ولو وهب ارضا وزرعها وسلمها
فاستحق احدهما صار كانه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة فيبطل الهبة في
الباقي ولو وهب زرعا ونخلا في ارض او وهب ارضا دونه او ثمرا في شجر
او شجرا دونه لا يصح لانه متصل به اتصال خلقة فكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل
القسمة فلا يتم بدون الافراز والحيازة والله اعلم

استحق

باب الرجوع عن الهبة

واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب
في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وفي رواية لا يحل للواهب ان يرجع في هبته فقد نفى
الرجوع او حرم ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام شرعا ولانه عقد تمليك فوجب ان
يلزم كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد ولا ينعقد موجبا ما
يضاد المقصود به واما يستحق الرجوع فيما بين الولد والوالد لان اخراجه عن ملكه
لم يتم لان الولد كنفسه او بعضه فلم يتم التمليك ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها اي لم يعوض منها والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة
حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا
خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه مد هذا الحق الى وصول العوض اليه
وذا في حق الرجوع بعد التسليم ولانه اثبت للواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولا
يجمع الحقان وحق الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل
القبض ولانه فات المقصود بالعقد فيثبت للعاقد ولاية الفسخ دفعا للضرر الناشئ
من زوال الملك الخالي عن المقصود كالمشتري اذا وجد بالمشترى عيبا وهذا لان
المقصود بالهبة للاجانب العوض والمكافاة عادة ولهذا يقال الايادي قروض
وقد تايدت بالشرع قال عليه السلام تهادوا تحابوا والمعروف كالمشروط والتفاعل
يقتضي وجود الفعل من الجانبين والمراد بما روي ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضى
الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار
الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم اذ المراد ان لا يحل الرجوع ديانة ومروة
لقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جانبه
طاوي لا يليق ذلك بالديانة والمروة وان كان جائزا في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب
وهكذا يقول لا يليق بالمروة الرجوع ويدل عليه الاثر سياقوله عليه السلام العائد
في هبته كالعائد في قيئه وهذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا
في حرمة الرجوع كما زعم الا ترى انه قال في رواية كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه
وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول انه يستقبح وانما يبطل حق
الرجوع بموانع سبعة احدها قبض العوض لما روينا ولان حق الرجوع

في الهبه كان الخلل في مقصوده وقد علم ذلك بوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيبا فيزول
العيب قبل ان يرده وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل
حق الرجوع لان التعويض تبرع لغرض وهو اسقاط حق الرجوع للاول في تبرعه فيصح من
الاجنبي كما يصح من الموهوب له لبدل الخلع والصلح عن دم العمد فانه لما كان بدل مال لاسقاط
حق صح من الاجنبي كما صح ممن عليه الحق واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك
او ثوابا او بدلا عنها او بمقابلتها او في مكانها فقبضه الواهب سقط حق الرجوع لان الشرط
في التعويض ان ياتي بلفظ يعلم الواهب انه يعطيه جزاء صنيعه وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ
وانما بني الحكم على ما هو المقصود فاذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء ولو وهب
للواهب شيئا ولم يقل هذا عوض عن هبتك او ما شاكله فللواهب ان يرجع في هبته لانه
لما لم يضف تمليكه الى هبته كان فعله هبة مبتداة لا تعويضا فلكل واحد منهما ان يرجع ولان
سقوط حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وانما يعلم ذلك اذا بين له انه عوض
ويرضى به فاما بدونه فلا لان التمليك المطلق يحتمل الابتدا وعمل المجازاه فلا يبطل حق
الرجوع بالشك وان استحق نصف الهبه رجع بنصف العوض اعتبارا للجزء بالكل وهذا
لانه اذا استحق الموهوب رجع بالعوض لانه لم يسلم له بمقابلة هبته شيء فكان له ان يرجع
في العوض فاذا استحق نصف الهبه لم يسلم له ما يقابل نصفه فيرجع بنصفه وان استحق نصف
العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي من العوض ثم يرجع في الهبه وقال زفر اذا استحق
نصف العوض له ان يرجع في نصف الهبه اعتبارا للجزء بالكل واعتبارا للبعض بالهبه
فانه لو استحق نصف الهبه له ان يرجع في نصف العوض فكذا اذا استحق نصف العوض
له ان يرجع في نصف الهبه وهذا لان كل واحد منهما صار مقابلا بالآخر كبيع العرض بالعرض
فاذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله
ولنا ان المستحق خرج عن ان يكون عوضا وصار كانه لم يكن وما بقي يصلح عوضا عن
الكل ابتداء ولو عوضه ابتداء بهذا النصف لم يرجع في شيء من الهبه فكذا هنا وانما
يتمكن الخلل في رضى الواهب به فكان تاثيره في اثبات الخيار له فان شاء رد
ما بقي ولم يرجع بشيء وحاصل الفرق بين استحقاق نصف الهبه ونصف العوض ان
المعوض ما ملكه العوض الا جزاء فتعتبر حكم المقابله في حقه فاذا استحق نصف الهبه

رجع بنصف العوض تحقيقا للمقابله فاما الواهب فملكه ابتداء من غير ان تقابله شيء فلم يعتبر في حقه حكم المقابله ولم
تاثير العوض في اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك بمنزله الكل اذا تم رضاه به ولان للعوض شبها
ابتدا الهبه من حيث ان المعوض مختار فيه متبرع وشبه المبادله من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة
فلشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجع في الهبه ولشبهه بابتدا الهبة اذا استحق النصف لا يرجع
في شيء من الهبه الا ان يرد ما بقي ولو وهب دارا فعوضه عن نصفها له ان يرجع في النصف
الذي لم يعوض لان الرجوع حق ثابت في كل جزء منه والمعوض على بعضها وهذا وجد المانع في النصف
فيمتنع بقدره وثانيها الزياده المتصلة كالغرس والبنا والسمن لان الرجوع اما ان يصح في الموهوب
والزياده ليست بموهوبه فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الاصل دون الزياده
فامتنع الرجوع اصلا ولا يقال حق الرجوع ثابت في الاصل فيسري الى اوصافه لان يثبت
الحكم في البيع بثبوته في الاصل لانه عرض فيها للواهب وليس بوصف للمحل ولا يقال الملك
لا يوصف اللزوم من اوصاف الاصل لان العدم ليس بشيء حتى يعد من اوصافه فان وهب
ارضا بيضاء فانبت الموهوب له في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان
ذلك زياده فليس له ان يرجع في شيء منها اما في موضع البنا والنخل فلان البنا او
النخل زياده متصله بالموهوب الا انها غير متولده من الاصل والمعنى الذي لاجله امتنع
الرجوع في الزياده المتصلة المتولده موجود في غير المتولد اذا كانت متصله فيمتنع
الرجوع واما في الباقي فلان البنا والنخل في ناحية من الارض يعد زياده في الكل الا
ترى انه يزداد به مالية الكل وقوله وكان ذلك زياده اي هذا اذا كان ما يعد
زيادة فان كان لا يعد زياده او يعد نقصانا فانه لا يمنع الرجوع لعدم المانع وهو
عدم زياده المالية الموهوب بزياده فيه حتى لو بنى دكانا صغيرا حيث لا يعد
زيادة اصلا فلا عبرة به وان كانت الارض عظيمة لا يعد ذلك زياده في
الكل وانما يعد ذلك زياده في تلك القطعه فله ان يرجع في غيرها ولو كانت الزياده
منفصلة بان كانت الهبه امة فولدت عند الموهوب له من زوج او فجور فللواهب
ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل دون الزياده ممكن وان كانت الزياده
من سعر وله ان يرجع عليهم لان زياده السعر ليست بزياده في عين الموهوب
وانما هي زياده رغبة الناس فيها والعين بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع واذا وهب عبدا

فتعلمه القرآن او الحرفة لا يرجع في قول ابي يوسف لانه زيادة معنوية فاشبه زيادة الجمال والسمن
وفي قول زفر يرجع لانه لم يزد حقيقة وانما ازداد رغبة الناس فيه فصار كالسعر
ولو ادعى الموهوب له انه سمن عندي وكذبه الواهب فالقول للواهب عندنا لانه
مدعي لزوم العقد وهو ينكر وعند زفر القول للموهوب له لانه ينكر حق الواهب في الزيادة
الحادثة فيها وثالثها موت احد العاقدين اما اذا مات الموهوب له فلان فيه
الملك قد انتقل الى الورثة فصار كانه انتقل اليهم في حال حياته واما اذا مات الواهب
فلان الوارث ليس بموجب الملك له فلا يكون له حق الرجوع والنص انما اوجب حق الرجوع
للواهب وهو ليس بواهب ولانه ربما كان غرض الواهب اظهار الجود والسخاء ورجوع
الوارث يبطل عليه ذلك ورابعها خروج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل
بتسليط وسعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود ولان تبدل الملك كتبدل العين وقد
تبدل الملك بتجدد السبب وان وهب لمكاتب رجل هبة ثم عجز المكاتب فليس له ان
يرجع فيها عند محمد لان هذه هبة للمكاتب حقيقة ولهذا كان حق القبول للمكاتب وكان
ملكا للمكاتب يتصرف فيه تصرف الملاك وبالعجز انتقل ملكه الى مولاه فصار كانما له
انتقل اليه فسقط حق الرجوع وعند ابي يوسف له ان يرجع فيها لان الهبة وقعت
للمكاتب من وجه ولمولاه من وجه وبالعتق يصير ملكا له من وجه وبالعجز يصير ملكا له
من كل وجه ثم اذا اعتق له ان يرجع فيها عن الرجوع بالبعض فامتنع الرجوع فيه دون ما سواه
وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له الرجوع في كلها فاولى ان يكون له الرجوع
في نصفها وخامسها المحرمية بالرحم لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها
ولان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم لان الصلة واجبة في المحارم وكل عقد افاد
مقصوده لزم فلو وهب لعبد اخيه او لاخيه العبد يرجع وقال ابو يوسف ومحمد
لا يرجع في الاول لان الملك يقع لمولاه وهو اخ وله ان الهبة تقع للمولى من وجه
وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى انه احق به ما لم يفضل عن حاجته
فلو اعتبرنا احد الجانبين يلزم ولو اعتبرنا الجانب الاخر لا يلزم فلا يلزم بالشك في
المسلمين وسادسها الزوجية لانها نظير القرابة القريبة في التواصل بدليل جريان
التوارث بينهما بلا حجب وبطلان الشهادة وكان المقصود الصلة وقد حصل

وانما ينظر الى هذا المقصود وقت الهبة حتى لو وهب لامراة ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامراته
هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها لان الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية علم انه لم يكن مقصوده
العوض فلهذا لا يرجع فيها ولما وهب لها حين كانت اجنبية علم ان مقصوده العوض ولم
ينل ذلك فله ان يرجع فيها وسابعها هلاك الموهوب لتعذر الرجوع بعده فلو ادعى الموهوب
له الهلاك صدق بلا حلف ويجمع الكل دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين
العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب
وانما يصح الرجوع بالرضى او بالقضا لان الرجوع في الهبة مختلف فيه بين العلماء فمنهم من راى ومنهم من
لا وفي اصله وهاء لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع تملكه وفي
حصول المقصود وعدمه خفاء فان الجائز ان يكون مراده الثواب والتحبب وعلى هذا لا يرجع لحصول
مقصوده ومن الجائز ان يكون مراده العوض وعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالرضا او القضا
ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما لولايتهما
على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له او اعتقه
قبل ان يقضي القاضي للواهب بعدما منع الموهوب له لانه لا يزول عن ملكه الا بالقضا
ولو منعه بعد الرجوع قبل القضا فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده
بعد القضا لم يضمن لان اصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه وهذا دوام عليه
واستدامة الشيء معتبرة باصله الا ان يمنعه بعد القضا وقد طلبه منه الواهب لان المنع
بعد الطلب يوجب الضمان في الامانات واذا رجع بالقضا او بالرضى يكون فسخا من
الاصل فيعود الملك القديم حتى لا يشترط قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال
الملك لا في عود الملك القديم ويصح في الشائع لما بينا وقال زفر الرجوع بغير قضا بمنزلة
الهبة المبتداة لعود الملك اليه بتراضيهما فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث ولنا
ان عقد الهبة وقع جائزا موجبا حق الفسخ وكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على
الاطلاق لان استيفاء الحق لا يتوقف على القضا بخلاف الرد بالعيب بعد القبض
اذا كان بغير قضا فانه لا يعتبر عقدا جديدا في حق الثالث لان المشتري لا حق له في الفسخ
وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يسلم وفات المشروط كان له ان لا يرضى
بسبب حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث على القضا

فان تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانها عقد
تبرع فلا يستحق فيه السلامة بخلاف المعاوضات وهو غير عامل له في القبض فلا يرجع
بخلاف المودع اذا هلكت الوديعة في يده فاستحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على المودع
لان المودع عامل للمودع في الحفظ والغرور سبب الرجوع في ضمن المعاوضات لا في
التبرعات والهبة بشرط العوض بان يهب عبده لرجل على ان يهب الموهوب له عبده
له هبة ابتداء حتى يبطل بالشيوع وعدم القبض ولو وهب الاب مال طفله بشرط
العوض لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله وجاز
عند محمد لانه بيع معنى بيع انتهاء حتى لو تراضيا العقد وصار في حكم البيع فيرد بالعيب وخيار الرؤية
ويجب به الشفعة في العقار وقال زفر والشافعي ينعقد بيعا ابتداء وانتهاء حتى
يثبت الملك بمجرد العقد ولا يبطله الشيوع لان هذا التصرف معاوضة معنى وان
كان تبرعا لفظا فكان بيعا كقوله وهبت هذا لك بكذا اي ملكتك هذا بكذا ولان
هذا شرط العوض ينافي التبرعات ويختص بالمعاوضات والعبرة في العقود للمعاني لا
للالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل
كفالة وانه لو وهب ابنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امراته لنفسها يكون طلاقا
ولو وهب عبده لنفسه كان اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه الدين كان ابراء
فاللفظ واحد واختلفت العقود لاختلاف المعنى والمقصود ولنا ان ما اشتمل
على جهتين يجب الجمع بينهما ما امكن توفيرا على الشبهين حظهما كالاقالة لما اشتملت على معنى
البيع والفسخ جمعا بينهما وقد امكن هنا الجمع بينهما بان يعتبر هبة ابتداء وبيعا انتهاء
اعتبارا للمعنى كالهبة في المرض هبة ابتداء اعتبارا للفظ حتى يبطل بعدم القبض
وبالشيوع وصية انتهاء اعتبارا للمعنى حتى اعتبر من الثلث وهذا لان اللفظ قالب
المعنى وسقط اعتبار اللفظ ترجيحا للمعنى عليه ولا منافاة بينهما فان قيل قد تحقق
المنافاة هنا لان قضية البيع اللزوم وثبوت الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على
عكسه وتنافي اللوازم ملازم لتنافي المتلازمين فيتحقق المنافاة بين البيع والهبة
ضرورة قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه
كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه

ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وغيره وقد ترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت
الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورة على ان
المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتداء وبيعا
انتهاء فلا وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لانه لا يمكن فيه معنى البيع والاعتاق
لانه لا يحتمل معنى البيع بوجه ما اذ العبد لا يصلح مالكا لنفسه لانه لا يملك غيره فكيف يملك
نفسه

فصل في الاستثنا والتعليق والصدقة وغيرها

ومن وهب امة
الا حملها صحت الهبة في الام والولد وبطل الاستثنا اعلم ان استثناء ما في البطن ينقسم ثلاثة
اقسام في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثنا كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد لان الاستثنا لا يعمل الا في المحل الذي يعمل فيه العقد فاذ لم يصح عقد الهبة على
ما في البطن لكونه وصفا على ما عرف في البيوع لم يكن محلا للاستثناء فكان هذا شرطا فاسدا
والهبة ونحوها لا تبطل بالشروط الفاسدة بل العقد يصح والشرط يبطل لان الملك في
الهبة متعلق بفعل حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشروط الفاسدة وانما الشرط الفاسد
يؤثر في العقود الشرعية لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان يجعل عدما
وفي قسم لا يجوز اصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن لان هذه العقود تبطل بالشروط
الفاسدة على ما عرف فكذا باستثناء الحمل وفي قسم يجوز التصرف والاستثنا جميعا كالوصية
لان افراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت
الهبة في الام ولو دبر ما في بطنها ثم وهب الام لم يجز والفرق ان المدبر لم يزل
ملك المدبر والموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما
يقسم او كهبة شيء هو مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق فقد زال ملك المعتق
فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك
الواهب فهو كما لو وهب ارضا وفيها ابن الواهب واوقف وسلمها الى الموهوب له فان
الهبة تتم كذا هنا وشبه الاعتاق بالاستثنا في الهداية من حيث ان الهبة تقع في الامة كما في
فصل الاستثنا ونفى الشبه في فصل التدبير من حيث ان الهبة لا تقع في الامة لان التدبير
الولد مانع فلم يكن نظير الاستثنا وان وهب لرجل امة على ان يردها عليه او على ان يعتقها او
على ان يستولدها او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد شيئا منها

او بعوضه شيا منها فالهبة جائزة والشرط باطل اما بطلان الشرط فلانها تنفي موجب العقد
واما جواز الهبة فلانها لا تبطل بالشرط الفاسد واصله ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز العمرى وابطل شرط المعمر والعمرى تمليك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر
لان معنى العمرى ان يقول ملكتك هذه الدار ما دمت حيا او عمرك فاذا مت فهي لي
بخلاف البيع فانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى
الربوا وهو يعمل في البيوع فيعمل في المعاوضات لا في التبرعات ومن له على اخر الف درهم
فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منه بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه
او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان تمليك الدين تمليك فيه معنى الاسقاط وابراء
الدين اسقاط فيه معنى التمليك فصار كل واحد منهما تمليكا من وجه واسقاطا من وجه
وهذا لان الدين مال بالنظر الى المال حتى وجب فيه الزكوة ووصف بالنظر الى الحال
حتى لا يحنث لو حلف ان لا مال له ولهذا يرتد بالرد وهو اية التمليك ويتم بلا قبول وهي
امارة الاسقاط والتعليق بالشرط مشروع في الاسقاطات المحضة دون ما فيه معنى
التمليك وصح العمرى للمعمر حال حيوته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى
او حبيس فهو باطل عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والاصل ان الشرط في
الهبة ان كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع صح الهبة وبطل
الشرط ثم تفسير العمرى ان يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهي رد علي فصح
الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل التمليك وتفسير الحبيس ان يقول هي حبيس عندك
فان مت فهي لك وتفسير الرقبى ان يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة لان كل واحد
منهما يرقب موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك
وان مت فهي لي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال وقد صح انه عليه السلم
اجاز العمرى ورد الرقبى ولابي يوسف ما روي انه عليه السلم اجاز العمرى والرقبى ولان
قوله داري لك تمليك صحيح وقوله حبيس او رقبى شرط فاسد لانه شرط رد الملك عليه
بعد الموت لان معناه ملكتك داري هذه وهي محبوسة عندك فان مت فهي لي او ارقب
موتك لتعود الي فيكون بمنزلة العمرى وحاصل الاختلاف في هذا راجع الى تفسير الرقبى
مع اتفاقهم انها من المراقبة حمل ابو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع

الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك على ما فسرنا فكان هذا تعليق
الملك بالخطر وهو موت المملك فيكون باطلا واذا لم يصح هبة عندهما يكون عارية لانه
اطلق له الانتفاع ولا رجوع في الصدقة وان كانت كالهبة من حيث انها لا تصح الا بالقبض
ولا تصح في مشاع يحتمل القسمة لانها تبرع كالهبة لان ولاية الرجوع في الهبة لعدم حصول
المقصود وهنا المطلوب بالهبة نيل الثواب وقد حصل فلا يرجع ولو تصدق على غني
او وهب لفقير لا يرجع اعتبارا للفظ في المسئلة الاولى وللمعنى في الثانية وحق الرجوع
حق ضعيف فاذا وقع الشك في ولاية الرجوع فلا يرجع بالشك ومن نذر ان يتصدق بماله
او بملكه تصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة وقد مرت في كتاب القضا والعدل التسوية
الابن والبنت عند ابي يوسف لقوله عليه السلم سووا بين اولادكم حتى القبلة ولو كنت مفضلا
احدا لفضلت الاناث على الذكور وعند محمد ان يسوي بينهما على سبيل الارث للذكر
مثل حظ الانثيين اتباعا للارث ه

فصل في الهبة في المرض

الاصل ان
الهبة بعوض مشروط تبرع ابتداء وانتهاء وابراء العوض في بطلان حق الرجوع وهبة
المريض وصية تعتبر من الثلث ه مريض وهب عبد الصحيح قيمته ثلثمائة على ان يعوضه عبدا
قيمته مائة ومات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة فالموهوب له يرد على الورثة
ثلث العبد الموهوب او كله واخذ عبده لانه حابى بمائتين وثلث ماله مائة فاذا رد
الثلث سلم للعبد العوض وثلث الهبة وقيمتهما مائتان وللموهوب له ثلثا الهبة
وقيمته مائتان الا ان مائة بعوض فبقي الوصية بمائة فاستقام الثلث والثلثان
ولو وهب المريض دارا قيمتها ثلثمائة على ان يعوضه عنها عبدا قيمته مائة وتقابضا
فللشفيع ان ياخذها بقيمة العبد لان الهبة بشرط العوض بيع عند التقابض فكان
للشفيع ان ياخذها بقيمة العبد فان مات ولم يجز الورثة الا ان يختار الشفيع كالموهوب له
ان يرد الشفيع ثلث الدار او كل الدار واخذ عبده ولو لم يكن العوض مشروطا لا ياخذ
بالشفعة لما مر ولو وهب المريض له كرا قيمته ثلثمائة على ان يعوضه الصحيح كرا يساوي
مائة وتقابضا ومات ولم يجز الورثة رد ثلث الهبة واخذ كر نفسه او رد نصف الكر
واخذ نصف كره لانه لو رد الثلث يكون الثلثان في مقابلة كر وهو ربوا فتعين ان
يرد نصف الكر وياخذ نصف كره ليحصل للورثة مائتا درهم مائة وخمسون قيمة نصف

الراهبة وخمسون قيمة نصف الكر العوض ويحصل للموهوب له نصف الكر الهبة قيمته مائة وخمسون
ولكن خمسون من ذلك بعوض بعدله وهو نصف الكر العوض ومائة بغير عوض فاستقام
الثلث والثلثان ولو لم يشترط العوض ان شاء رد الهبة واخذ العوض وان شاء رد ثلثها
ولا يرجع بشيء لانه لا يؤدي الى الربوا لانه هبة ابتداء وانتهاء

كتاب الاجارة

هي بيع منفعة معلومة باجر معلوم وشرعها بالكتاب قال الله تعالى على ان تاجرني ثماني حجج
وشريعة من قبلنا تلزمنا في عموم الدليل على نسخه والسنة فقد قال عليه السلام اعطوا
الاجير اجره قبل ان يجف عرقه والامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وقال من استاجر اجيرا
فليعطه اجره واجماع الامة والقياس يأبى جوازها لان العقد يرد على المعدوم وهي
المنفعة التي توجد في مدة الاجارة والمعدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشيء فيستحيل وصفه
بانه معقود عليه ولانه لا بد من ملك المعقود عليه بعد الوجود لانعقاد العقد والمعدوم
لا يوصف بانه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المعاوضات لا تحتمل
الاضافة كالبيع وانما جوزناها لحاجة الناس اليها فالفقير محتاج الى مال الغني والغني
يحتاج الى عمل الفقير وحاجة الناس اصل في شرع العقود شرعت لترتفع الحاجة وانما
ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي بان يقول احدهما اجرت ويقول الاخر قبلت ولا ينعقد
بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل بان يقول اجرني فيقول الاخر اجرت اعتبارا بالبيع المنفعة
مع العين ثم يحتاج الى بيان كيفية الانعقاد فنقول العقد عندنا ينعقد ساعة فساعة
في حق المحل على حسب حدوث المنافع والعين جعلت خلفا عن المنفعة في حق اضافة
العقد ليرتبط الايجاب بالقبول عند الاضافة الى العين ثم عمل العقد المنعقد يظهر اثره في
حق المنفعة ملكا واستحقاقا بالعقد حال وجود المنفعة وهذا كالسلم فانه يقام الذمة
التي هي محل المسلم فيه مقام ذلك المعقود عليه في حكم جواز السلم وعند الشافعي يجعل المنافع
المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذ
الشرع حكم بالانعقاد واللزوم وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد
العقد وكان هذا العقد على خلاف القياس باعتبار تقدير الحكم بامر المعدوم
موجودا وسيأتي تقرير هذا الاصل ان شاء الله تعالى ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة
والاجرة معلومة لما روينا في الاجرة وشبه الحكم في المنفعة دلالة لان الاشتراط لقطع

المنازعة والمنفعة تساويها في هذا المعنى ولان شرعية المعاوضات لقطع المنازعات والجهالة
في المعقود عليه والمعقود به مفضية الى المنازعة المانعة من التسليم كالجهالة في المبيع والثمن
بشرط اعلامهما قطعا للمنازعة وتتميما للفائدة باتصال التسليم وما صح ان يكون ثمنا في البيع
كالنقود والمكيل والموزون صح ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجارة بيع المنفعة والاجرة
ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان مثل العبيد والثياب
لان الاجرة عوض مالي فكل ما هو مال يصلح عوضا يصلح اجرة اما الثمن فهو يجب في الذمة فيختص
بما يثبت في الذمة ثم اعلام الاجرة ان كانت من النقود بيان النقد وبيان الصفة انه جيد
او وسط او رديء وان كانت الاجرة مكيلا او موزونا او عدديا متقاربا فاعلامها ببيان
القدر والصفة ويحتاج الى بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة وان
كان عوضا او ثوبا يشترط فيه شرائط السلم لان وجوب الثياب دينا في الذمة عرف
بالشرع والشرع ورد به بطريق السلم وفي هذا كله اذا كانت الاجرة عينا فاعلامه بالاشارة
لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وان كانت الاجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كان عينا
لان الحيوان لا يجب دينا في الذمة بدلا عما هو مال واما اعلام المنفعة فيعرف
بثلاثة اما ببيان المدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة
معلومة اي مدة كانت لان المنافع تحدث شيئا فشيئا فتقدرها بالمدة يجعلها معلومة ببيان المدة
اذا كانت المنفعة لا تتفاوت ولا فرق بين ان تكون المدة طويلة او قصيرة اذا كانت
معلومة الا ان في الاوقاف لا تزاد على الثلاث في الصحيح كيلا يدعي المستاجر ملكها او ببيان
العمل والتسمية بذكره كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة
ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدر
ما يصبغ به اذا كان مما يختلف وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسها والمسافة صارت
المنفعة معلومة فيصح العقد او بالاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام
الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه تصير المنفعة معلومة فيصح
وقد يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط والصباغ
فلا بد ان يكون العمل معلوما وذلك يكون في الاجير المشترك وقد يكون عقدا
على المنفعة كاستيجار الرجل يوما او شهرا للعمل كما في الاجير الواحد ولا يصح العقد

الا ان يذكر المدة ۞ باب الاجرة متى تستحق

الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمه به عندنا عينا كان او دينا وانما تملك بالتعجيل
من غير شرط او بشرط التعجيل او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي تملك بنفس
العقد ويجب تسليمه عند تسليم الدار او الدابة الى المستاجر لانها معاوضة فقضيته
وجوب ملك البدل بنفسه كعقد البيع وهذا لان المنافع المعدومة صارت موجودة
حكما في حق انعقاد العقد اذ من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا
مقدور التسليم وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في
الرحم والاحياء فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة
كالميت حكما وهو المرتد اللاحق بدار الحرب وهذا كالسلم فانه بيع المعدوم حقيقة
ولكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم ولهذا
جعل منفعة العين في حكم العين وكما ملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذا في
العقد الوارد على المنفعة والدليل على ان المنفعة في حكم العين صحة الاستبدال
باجر مؤجل وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضي
تقابل البدلين في الملك والتسليم اي يجب في العوضين معا كالبيع لان من قضية المعاوضة
المساواة ثم احد البدلين وهو المنفعة لم يصر مملوكة بنفس العقد بل تراخى حكم العقد فيها الى
حين وجودها فكذا الاجر وهذا لانه معدوم في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتصف
المعدوم به واذا لم يملك المعقود في الحال فلو ملك البدل لملك بغير عوض وذا ليس بقضية
المعاوضة وجواز العقد ليس باعتبار ان المنفعة المعدومة جعلت موجودة حكما ولكن
يقابل هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا تقبل العقد لانها عرض لا يبقى زمانين
والسلم كالعقد يكون عقيبه فلا بقاء له لا يتصور تسليمه بحكم العقد وما لا يتصور
تسليمه بحكم العقد لا يكون محلا لعقد المعاوضة بل باعتبار العين التي هي سبب لوجود
المنفعة اقيم مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود
عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة
يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما اقمنا السبب مقام المسبب ضرورة
تصحيح العقد لربط الايجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك البدل

بنفس العقد بل في حق البدل كالعقد المضاف الى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله وهذا
اولى مما قاله لان ما ذكره تلك الحقيقة وما ذكرناه تعيين امر شرعي بدليل شرعي لان اقامة
السبب مقام المسبب اصل في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال
العقل وهلم جرا من النظائر وجواز السلم باعتبار ان المسلم فيه اخذ حكم الثمن ولهذا شرط
قبض راس المال في المجلس كيلا يكون دينا بدين ولو كان له حكم العين الموجود لما وجب
قبض راس المال في المجلس كما لو باع حنطة بعينها بدراهم فاذا استوفى المنفعة ثبت
الملك في الاجر لان التسوية قد تحققت ولذا اذا عجل او شرط التعجيل فقد ابطل المساواة
لان امتناع الملك بنفس العقد لتحقق المساواة فاذا عجل او شرط التعجيل فقد ابطل
المساواة التي هي حق له وهذا بخلاف الاجارة المضافة بشرط تعجيل الاجرة فان فيه
الشرط باطل لان امتناع ثبوت الملك في البدل ثم ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة
الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت ولا
يتغير هذا المعنى بالشرط واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لانه لما
لم يمكن تسليم عين المنفعة لما مر اقيم تسليم المحل الذي يتمكن من الانتفاع به مقامها فلو
كانت الاجرة دراهم في الذمة ولم يشترط التعجيل ولم يمض المدة حتى صرفها بدينار لم يجز
عند ابي يوسف لانه صرف بدين يجب وعند محمد يجوز لان الصرف بالدين لا يتعلق
بعينه بل بمثله واذا تعلق بمثله والصرف يوجبه حالا صار كانهما شرطا التعجيل
اقتضاء وان غصبها غاصب من يده سقط الاجر لفوات التمكين اذ هو الفعل المستلزم
لملكه ولا تمكنه مع الغصب وهل يفسخ العقد ذكر الفضلي والقاضي فخر الدين في الفتاوى
انه لا ينفسخ الاجارة ولكن يسقط الاجر ما دامت في يد الغاصب وذكر في الهداية
ان العقد ينفسخ وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره لان السقوط
بقدر المسقط ومن استاجر دارا او ارضا مدة معلومة فلرب الدار والارض
ان يطالبه باجر كل يوم ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجر كل مرحلة
وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل والاصل ان الاجارة
معاوضة والملك في المنافع يثبت بثبوتها زمان العقد فكذا الملك في الاجرة
ان يثبت بثبوته زمان العقد اذ قضية المعاوضة المساواة واذا لم يكن الاجر بنفس

في حكم العين

العقد لا يجب ايفاوه قبل وجوبه ثم قال ابو حنيفه اولا وهو قول زفر لا يجب ايضا شي من الاجر
الا بعد استيفا جميع المنفعة سواء كانت الاجاره معقوده على المدة كما في اجاره الدار
والارض او على قطع المسافه كما في كرا الدابه الى مكة او على العمل كما في القصار والخياط
والصباغ ثم رجع عن هذا وقال ان وقعت الاجاره على المده او على قطع المسافه يجب
ايفا الاجر بحصه ما استوفى من المنافع اذا كان لما استوفى حصه معلومة من الاجر ففي الدار يجب
ايفا يوما فيوما وفي قطع المسافة يجب الايفا مرحله فمرحلة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل
وبقي له اثر في العين حتى كان للعامل احتباسه فانه لا يجب ايفاء الاجر الا بعد ايفاء
العمل كله وان كان حصة ما استوفى من العمل معلوما الا ان يكون عمل العامل في بيت المستاجر
فحينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الكرى كذا ذكر في الجامع الصغير لفخر الاسلام والمستزاد
وغيرهما وذكر في الهدايه وكذا اذا عمل في بيت المستاجر فلا يستوجب الاجر قبل الفراغ
وجه قوله الاول ان المعقود عليه شي واحد وهو جملة المنافع في المده فما لم يسلم كله لا
يجب تسليم شي من الاجر كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق
حبس جملة المبيع ما بقي شي من الثمن وكما لو كان المعقود عليه العمل ووجه قوله الثاني ان الملك
في الاجر ووجوب التسليم انما تراخى عن العقد لضروره تحقق المساواه فاذا استوفى المنفعه
والعقد في حق المنفعه ينعقد شيئا فشيئا بحسب [illegible] سلم ما يقابله من الاجر فكان ينبغي
ان يجب تسليمه شيئا فشيئا ولو خطوه او سكنى ساعه الا انا استحسنا وقدرنا
بيوم ومرحله لان [illegible] ان يفرغ عنه ويحتاج الى تسليم الاجر كل ساعه وفيه من الحرج
ما لا يخفى وبعض العمل غير مقصود لانه لا ينتفع بثوب خيط بعضه او صبغ بعضه فكذا لا
يستوجب الاجر قبل الفراغ من العمل والمبيع في حكم المرهون من حيث انه محبوس
بالثمن والمرهون لا يستحق تسليمه الا بعد قضا كل الدين فكذا المبيع وهكذا في كل
اجاره للاجير فيها حق الاحتباس ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من الدقيق
بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لانه من تمام الخبز وليس كل احد
يحسنه على وجه لا ينقطع فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له فان اخرجه
ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه اذا اخرجه من التنور فقد ادى وفي عمله فصح
التسليم لقيام يده على الخبز بواسطه [illegible] على منزله فاذا هلك بعده فقد هلك

ما صار مسلما الى المستاجر فلا يبطل بخلاف ما اذا لم يخرجه لان العمل لم يوجد لانه غير منتفع به فلم
يصح التسليم ولا ضمان عليه بالهلاك عند الكل اما عند ابي حنيفه فلانه لم يهلك بصنعه
واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وذكر المرغيناني في شرحه ان على قولهما يجب الضمان
لانه اجير مشترك والعين في يده امانه عنده مضمونه عندهما ثم لصاحب الدقيق الخيار ان
شاء ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شا ضمنه قيمته خبزا ويصير العمل مسلما اليه ويجب
الاجر ولا ضمان عليه في الملح والحطب لان ذلك يصير مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه
ومن استاجر طباخا ليطبخ له الطعام للوليمة فالغرف عليه اي اخراج المرقة من القدر ووضعها في
القصاع وان استوجر لطبخ قدر خاص فاخراج المرقة من القدر ليس عليه كذا في الايضاح
والمحيط والمرجع في الجمع العرف وان استاجر لبانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامه
عند ابي حنيفه وقالا لا يستحقه حتى يشرجه وهذا اذا ضرب اللبن في ملك المستاجر
فان ضربه في ملكه فلا يستحق الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامته وعندهما بالعد عليه بعد
التشريج كذا في نظم الزندويسي لهما ان التشريج من تمام العمل عرفا وبه يقع الامن عن الفساد
فصار كاخراج الخبز من التنور وله ان العمل قد تم بالاقامه والانتفاع به ممكن والتشريج عمل
زائد عليه ولم يلزمه كالنقل من مكان الى مكان بخلاف الاقامة لانها من تتمه العمل لان
قبلها طين منتشر وكل صانع لعمله اثر قائم في العين كالصباغ والقصار فله ان يحبس
العين حتى يستوفي الاجر عندنا خلافا لزفر له ان المعقود عليه وقع بيد المستاجر
باعتبار اتصاله بملكه وذا يعد قبضا كمن استقرض من اخر كرا وامره ان يبذرها في
ارض المستقرض فانه يصير قابضا ولنا ان المعقود عليه صفه وان كان هو العمل
ولكن من حيث الاعتبار المعقود عليه وصف احدثه وهو قائم في الثوب فله حق الحبس
لاستيفا البدل كما في بيع العين ولا يمكن حبسه الا بحبس العين فيكون له حبس العين
ضروره ووقوعه في يده بغير رضاه فلا يبطل حقه في الحبس كما في بيع العين اذا قبض المشتري
المبيع بغير رضى البائع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفه لانه لما لم يصر متعديا بالحبس
عند بقي العين في يده امانه كما كانت قبل الحبس ولا اجر له لانه هلك المعقود عليه
قبل التسليم وهلاك المعقود عليه قبل التسليم يوجب سقوط البدل كالمبيع العين
اذا هلك في يد البائع وعندهما العين كانت مضمونه قبل الحبس فكذا بعد

الحبس ولصاحبه الخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له لانه لم يصر العمل مسلما فلا يستحق
الاجر وان شاء ضمنه قيمته معمولا وله الاجر لان المبيع صار مسلما اليه تقديرا للوصول بدله
فصار كما لو صار مسلما اليه حقيقة وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين
للاجر كالحمال والملاح لان العين ليست بمعقود عليها والعمل الذي هو معقود عليه قد تلاشى
واضمحل وليس لعمله اثر في العين حتى يقوم الاثر مقام العمل فلا يكون له ولاية الحبس ضرورة
بخلاف الآبق اذا رده انسان فانه يحبسه للجعل ولا اثر لعمله لانه لا يحبس للعمل ولكنه
لما رده حيا كان على شرف الهلاك صار بمنزلة احياء العين وتمليكه منه فملك حبس العبد
كانه باعه منه فاما هنا فلم يوجد احياء العين ولا وصف قائم بالعين فلا يملك
الحبس واما القصار فان كان يقصر بالنشا او بياض البيض فله حبس الثوب لانه حق الحبس
اتصل بالثوب مال قائم كما في الصبغ فاما ان كان يبيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق
الحبس لان البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصلا
ولكن استتر بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل
وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالوسخ فقطع
الغسل الصلاة لصفة الثياب من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة واذا شرط
على الصانع ان يعمل بنفسه بان يقول له تخيطه بنفسك او بيدك فليس له ان يستعمل
غيره لان المعقود عليه عمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق
له العمل بان يقول استاجرتك لتخيط لي هذا الثوب بدرهم فهذا مرسل اطلاق العمل
عرفا وان كان المذكور خياطته لفظا فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عليه عمل في ذمته
ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره كايفاء الدين ومن استاجر رجلا ليذهب
الى البصرة ويجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه ومعنى
المسألة ان يكونوا معلومين وهذا لان الاجر مقابل بكلهم فاذا اوفى بعض المعقود عليه دون
البعض استحق بقدر ما اوفى وبطل ما لم يوف وان استاجره ليذهب بطعامه الى فلان
بالبصرة فوجد فلانا ميتا او لم يجد فلانا او وجده ولكن لم يدفع اليه فرده فلا اجر له
وعند زفر له الاجر وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب
فوجد فلانا ميتا فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر الذهاب

وذكر الفقيه ابو الليث قول ابي يوسف مع قول محمد وغيره ذكره مع ابي حنيفة لهم ان الاجر مقابل بحمل الطعام
الى البصرة وقد نقض ذلك وفي بالشرط ثم هو في رده جان فلا يسقط به حقه في الاجر ولمحمد
انه اوفى بعض المعقود عليه دون البعض فيستحق الاجر بقدر ما اوفى وهذا لان الاجر
مقابل بقطع المسافة لما فيه من المشقة لا بحمل الكتاب وحمل الجواب لان الحمل ليس
بمقابل ببدل لخفة مؤنته وقد قطعها له في الذهاب فصار كما لو رد الكتاب وعاد
فانه يستحق اجر الذهاب اجماعا ولابي حنيفة وابي يوسف انه ابطل تسليم المعقود عليه فبطل
استحقاق البدل وهذا لانه ما بذل البدل لنقل الكتاب اذ هو غير مقصود بين الناس
او وسيلة الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب للمكتوب اليه فقد نقضه فيسقط الاجر
كما في مسألة حمل الطعام اذ المقصود ثم حمل الطعام الى البصرة فاذا رده فقد نقض
المعقود عليه فصار كالخياط اذا خاط ثم نقضه والفرق لمحمد ان نقل الطعام عمل يقابل به
الاجر لان في اقامته مشقة وقد نقضه بالرد فبطل واما حمل الكتاب فليس بعمل
يقابل به الاجر لخفة مؤنته وانما الاجر مقابل بقطع المسافة وقد قطعها له في الذهاب

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

ولو استاجر دارا او حانوتا سنة ولم يبين ما يعمل والساكن ان لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت
الانتفاع والانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فصار كان
لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك وجه الاستحسان ان المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى
يسكنها صح فينصرف اليه لان المعلوم عرفا كالمشروط نصا وله ان يسكنها من شاء لانه لا تفاوت
الناس في ذلك وله ان يعمل فيه كل شيء غير مضر بالبناء للاطلاق وذلك نحو الوضوء
وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع المتاع ونحو ذلك الا انه لا يسكن حدادا
ولا قصارا ولا طحانا لان ذلك يضر بالبناء فليس له ان يفعله الا برضا المالك والحاصل
ان كل عمل يفسد البناء او يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستاجر بمطلق العقد
الا ان يشترطه وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد ويصح استئجار الارض
للزراعة لانها منفعة مقصودة فيها وقد جرى التعارف في ذلك وللمستاجر
الشرب والطريق وان لم يشرطهما بخلاف ما لو اشترى ارضا فان الطريق والشرب
لم يدخلا بلا ذكر والفرق ان المقصود من الاجارة الانتفاع حتى لا يصح اجارة ما لا ينتفع

الا بتسليمه في الحال كاجارة المهر للركوب ونحو ذلك ولا يستحقها الاستئجار الارض الا بالشرب والطريق
فيدخلان بمطلق العقد فاما المقصود بالشرى ملك العين وهو مقصود بدون الطريق والشرب
فلا يضطرون الى ادخالها بدون ذكر الحقوق او المرافق ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع
فيها لان الارض تارة تستاجر للزراعة وطورا للبنا والغرس وغيرهما وما يزرع
فيها متفاوت فانها قد تستاجر لزراعة البر ولزراعة الشعير ولزراعة الذرة والارز
وغيرها وبعضها يضر بالارض فما لم يبين ما يزرع فيها لا يصير المعقود عليه معلوما واعلام المعقود
عليه شرط جواز الاجارة الا ان يقول على ان يزرع ما شاء لان الجهالة المفضية الى المنازعة
ارتفعت بتفويض الخيرة اليه ويجوز ان يستاجرها ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لان
هذه منفعة مقصودة بالاراضي فان مضت مدة الاجارة لزم المستاجر قلع البنا والغرس
وتسليمها فارغة لانه ليس لنهايتهما مدة معلومة فلو لم يقلعا تتضرر رب الارض بخلاف
ما اذا انتهت مدة الاجارة وفي الارض زرع لم يدرك حيث يترك باجر المثل فيها الى
ان يستحصد لان لبلوغ الزرع غاية معلومة فكان في التاخير باجر مراعاة الحقين الا
ان يختار رب الارض ان يغرم له قيمته مقلوعا ويتملكه وهذا برضى صاحب الغرس
والشجر الا ان تنقص الارض بالقلع فحينئذ يتملكها بغير رضاه او يرضى بتركه على حاله
فيكون البنا لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا ياخذه واذا انقضت الاجارة
وفي الارض رطبة قلعت الرطبة لانه ليس لانتهائها غاية معلومة فصارت كالشجر
وصح استيجار الدابة للركوب والحمل والثوب للبس فان اطلق ولم يبين من يركبها او ما يحمل عليها
او من يلبسه فالاجارة فاسدة لان حمل بعض الاشيا وركوب بعض الاشخاص او لبس
البعض غير معلوم لينصرف مطلق العقد اليه ويتفاوت التفاوت في الركوب واللبس والحمل
فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة فان اطلق بان قال على
ان يركب او يلبس من شا جاز له ان يركب او يلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ
ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا او البس ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من
الاصل فصار كانه نص على ركوبه ابتداء فان قال على ان يركبها فلان او يلبسه فلان
فاركبها غيره او البسه غيره فعطب ضمن لان العقد تقيد به لتفاوت الناس في
الركوب واللبس وعلى هذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل كالفسطاط ونحوه حتى لو استاجر

فسطاطا فدفعه الى غيره اجارة او اعارة فنصبه وسكن فيه فهو ضامن عند ابي يوسف لتفاوت
الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى فصار
كالدار واما في العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل بطل تقييده لانه لا يفيد
لعدم التفاوت حتى لو شرط سكنى واحد له ان يسكن غيره وما يضر بالبنا كاسكان
الحداد ونحوها خارج بدلالة الحال عليه بما مر فان سمى نوعا وقدرا ككر بر فله ان
يحمل ما هو مثل البر في الضرر او اخف كالشعير والسمسم لدخوله تحت الاذن ظاهرا
لعدم التفاوت او لانه خير من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من البر كالملح والحديد
لصحة التقييد لانه لا يرضى بما هو اضر وان استاجرها ليحمل مقدارا من القطن فليس له ان يحمل مثل
وزنه حديدا لان القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيضره ومنه
فالاذى والقطن فلا يكون الرضى بالقطن رضى بالحديد وان استاجرها ليركبها فاردف معه
رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سوا كان اخف او اثقل لان تلف الدابة بالركوب لا
باعتبار الثقل ورب ثقيل يحسن الركوب ولا يضر بالدابة ورب خفيف لا يحسن فيضر بها
ولان الادمي لا يوزن بالقبان فلا يمكن معرفة وزنه فاعتبر عدد الراكب كما في
الجراحات يعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات فان من جرح انسانا جراحة وجرحه اخر
جراحات يتنصف الضمان وربما هلك الانسان من جراحة وسلم من عشر جراحات
وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل اثنين فان علم بانها لا تطيق ذلك يضمن كل قيمتها
لانه متلف لها اما اذا كانت تطيق ذلك فالتلف حصل بركوبه وهو ماذون فيه
وبركوب غيره وهو غير ماذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك بالتنصيف وان استاجرها
ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لان تلف
الدابة بالثقل والثقل ينقسم فعشرة اجزا مثلا ماذون فيها وجزء واحد غير ماذون فيقسم
عليها الا اذا كان حملا لا تطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لانه خارج
عن العادة فلم يكن ماذونا فيه اصلا وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن
عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان مطلق العقد يستفاد
به الاذن فيما هو معتاد والثابت عرفا كالثابت شرطا والضرب والكبح باللجام معتاد
في السير فيها لانقياد الدابة الا بهما فكان الاذن ثابتا عرفا وله ان الاذن فيهما

لم يضمن المستاجر به فكذا اذا اشترطها وليس له ضربها بغير اذن مالكها وذا تعد موجب
للضمان وهذا لان المستحق سير الدابة لا السير بصفة الجودة وهو لا يحتاج الى الضرب
والكبح في اصل السير وانما يحتاج بهما منها لها به السير والجودة فيه وثبوت الاذن
مطلق العقد مقصور على المتعارف بالعقد على انه لم يبح له الضرب فيتقيد بشرط السلامة
كتعزير الزوج زوجته وصبيه في الطريق بخلاف ما اذا اذن له المالك فيه نصا
لان بعد الاذن فعله كفعل المالك واذا استاجرها او استعارها الى الحيرة فجاوز بها
الى القادسية ثم ردها الى الحيرة فعطبت فهو ضامن وقيل هذا اذا استاجرها او
استعارها الى الحيرة ذاهبا لا جائيا فاما اذا استاجرها او استعارها ذاهبا وجائيا
فاذا ردها الى الحيرة وعطبت فلا ضمان عليه وهذا لانه اذا استعارها ذاهبا وجائيا
فاذا جاوز الحيرة فلم ينته العقد فاذا اعاد الى الحيرة عاد والعقد باق والمستعير او المستاجر
مامور بالحفظ بمقتضى الاجارة والاعارة لانه لا يمكنهما استيفاء المنفعة الا بالحفظ فاذا بقي العقد
بقي الامر بالحفظ فاذا اعاد الى الوفاق والامر بالحفظ قائم فقد صار ممتثلا امر المالك
ويد المامور يد الآمر فكان الرد الى يد المامور كالرد الى الآمر وهذا هو الطريق في رد
المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق على ما سبق في الوديعة فاما اذا استاجرها او استعارها
ذاهبا لا جائيا فالعقد انتهى بالوصول الى الحيرة واذا انتهى العقد انتهى الامر بالحفظ لان الامر
بالحفظ ما ثبت نصا وانما ثبت بمقتضى الاجارة والاعارة وقد ارتفع بارتفاع الاجارة والاعارة
فاذا اعاد الى الحيرة والامر بالحفظ ليس بقائم فلا يصير ممتثلا امر المالك فلا يعود امينا بخلاف
المودع لان الامر بالحفظ في الوديعة ثبت قصدا وهو مطلق يتناول كل زمان
ما قبل الخلاف وما بعده فاذا اعاد الى الوفاق عاد والامر بالحفظ قائم فصار ممتثلا امر
الامر وقيل لا بل هو ضامن في الوجهين والفرق ان المودع مامور بالحفظ قصدا ونصا
من جهة المالك وهذا الامر مطلق يتناول كل زمان فاذا عاد الى الوفاق فقد وجد
الرد الى من هو مامور بالحفظ من جهة المالك فيبرا عن الضمان اما المالك فما امر
المستاجر والمستعير بالحفظ قصدا ونصا وانما امرهما بالاستعمال والانتفاع وكان
لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت
في ضمانه والغاصب لا يبرا عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مامور

بالحفظ من جهة المالك وهذا اصح وقيل الاول اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واوكفه
باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن اجماعا للعدول الى خلاف الجنس وان اوكفه باكاف
يوكف بمثله الحمر ضمن كل القيمة عند ابي حنيفة اذا هلك وعندهما يضمن الزيادة لعدم
الاذن في قدر الزيادة وهذا لان الاكاف والسرج جنس واحد لكون كل واحد
منهما اداة للركوب وكان الاذن بهذا اذنا بذلك دلالة الا انه اذا كان اثقل منهما
منه لا يكون اذنا بتلك الزيادة وله ان الخلاف في الاكاف ثابت صورة ومعنى لاختلا
ف هيئته وماهيته فيضمن القيمة اذا عطب كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة وان نزع السرج
واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر لم يضمن لانه ليس بخلاف في المعنى والعرف للمعنى الا اذا
كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن كل القيمة
لانه لا يعد اتلافا للدابة كمن ابدل الحنطة بالحديد وان استاجر رجلا ليحمل له متاعا
وعين له الطريق فاخذ في طريق اخر يسلكه الناس فلا ضمان عليه ان هلك المتاع
وان بلغ فله الاجر المسمى وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند عدم التفاوت
لا يصح التعيين لانه لا يفيد اما اذا كان يفيد لصحة التقييد وان كان طريقا لا يسلكه
الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه اذا سلم
بطل جانب الخلاف لان جنس الطريق واحد فان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن اذا
تلف لان البحر متلف فقد عرضه للتلف حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في
البر دون البحر فكان التفاوت فاحشا بين البحر والبر في الخطر فاذا قيده بالاخذ
فيه صح التقييد واذا صح التقييد ثبت الخلاف واذا ثبت الخلاف وجب الضمان
وان بلغ فله الاجر المسمى لان المقصود قد حصل وبالتبليغ ارتفع التفاوت معنى
وان بقي صورة ومن استاجر ارضا ليزرعها برا فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان
الرطاب اعظم ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة
الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر عليه لانه صار غاصبا
اسفل الارض بجنس اخر غير جنس ما امر به ومن دفع الى خياط ثوبا وامره ان يخيطه
قميصا بدرهم فخاطه قباء فهو بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه
ذلك القباء بعمله وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وقيل اراد

بالقبا المفرّج الذي هو ذو طاق واحد فان هذا القبا يشبه القميص لان بعض الناس
يستعملونه استعمال القميص فكان موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء رضي به
باعتبار جهة الموافقة وان شاء ضمنه باعتبار جهة المخالفة وقيل هو يجري على اطلاقه
لانه اطلق في الكتاب القبا فدل ذلك على ان الحكم في الكل واحد وقد وصل التفاوت
بينهما في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد وستر العورة ولكل واحد كمان وذيل ودخريص
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا خيار لرب الثوب والخياط ضامن قيمة ثوبه لان القبا
جنس آخر غير جنس القميص فكان مخالفا من كل وجه فكان غاصبا من كل وجه وحكم الغاصب
من كل وجه هذا ووجه ظاهر الرواية ان الخياط موافق من وجه ومخالف من وجه فصار كما لو خالفه
في خياطة القميص من حيث العرض والطول اما الخلاف فظاهر واما الوفاق فلان
القبا يشبه القميص الا ترى انه يشد وسطه فيصير بمنزلة القميص انتفاعا فان مال الى
الخلاف ضمنه قيمته وكان الثوب للخياط وان مال الى الوفاق اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله دون المسمى لان جهة الموافقة قاصرة وانما رضي بالمسمى بتلك الصفة المخصوصة
ما دام لم يكن على تلك الصفة وجب اجر المثل الا ترى انه لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه
لم يجب المسمى لفوت وصف يقابله المسمى فهنا احق ولا يجاوز به المسمى كما هو الحكم
في الاجارة الفاسدة ولو خاطه سراويل وقد امره بالقبا قيل يضمن من غير خيار
للتفاوت في المنفعة وقيل يتخير وهو الاصح لثبوت الموافقة في اصل منفعة اللبس والستر
وصار كمن دفع الى رجل شبها ليضرب له طستا فضرب له كوزا يتخير بين ان يضمنه مثل
شبهه وبين ان ياخذه ويعطيه اجر مثل ما عمل وكذا في السراويل يجب ان يكون كذلك
والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة

ويفسد الاجارة بالشرط مثل ان يستاجر رحى ماء على انه اذا انقطع الماء فالاجر عليه لان
هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء
المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة من
على المضايقة والمماكسة وتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة
الا ترى ان النكاح لما بني على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط والواجب في الاجارة
الفاسدة اجر المثل لا يتجاوز به المسمى اي الواجب الاقل من اجر المثل ومن المسمى وقال

زفر والشافعي يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان المنافع متقومة عندهما واذا انعقد ايجاب المسمى
للفساد يجب المصير الى القيمة كما في الاعيان ولنا ان المنافع غير متقومة عندنا بنفسها
لان التقوم يستدعي سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يحرز وانما صارت متقومة شرعا
بالعقد لضرورة حاجات الناس اليه ولا يقال لما كان تقوم المنافع بالعقد فاذا فسد
العقد ينبغي ان لا يجب شيء لان الاجارة الفاسدة ملحقة بالاجارة الصحيحة لكونها تبعا
لها والتبع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع باصله دون وصفه
وفي تمييزه من الصحيح حرج فالحقناه به واذا الحق الفاسد بالصحيح فيعتبر في الاجارة
الفاسدة ما يجعل بدلا في الصحيح عادة وهو اجر المثل الا انه اذا كان المسمى اقل
يجب المسمى لانهما ما رضيا على هذا القدر فلم يظهر التقوم فيما زاد على ذلك واذا نقص
اجر المثل يجب اجر المثل لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه
ولا يحتاج الى اعتبار العقد لاظهار القيمة والموجب الاصلي فيها القيمة فاذا صحت
التسمية نقل عنها اليها والا لا وان آجر دارا كل شهر بدرهم صح العقد في شهر واحد
وفسد في بقية الشهور الا ان يسمي كل الشهور لانه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور
لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها على البعض فتعين الادنى
وهذا معنى قولهم ان كلمة كل اذا دخلت على ما لا يعرف منتهاه يراد به ادناه فاذا
تم الشهر الاول فلكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة
الشهور جاز لان المدة صارت معلومة فارتفع المانع من الجواز فان سكن
ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الا بعذر
وكذا كل شهر سكن في اوله لان التراضي منهما بالعقد تم بالسكنى في الشهر الثاني
وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتاخرين وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما
الخيار في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك راس الشهر وفي
اعتبار الاول نوع حرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط
كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة الا ترى ان اجارة شهر واحد يجوز وان لم يسم
قسط كل يوم ويعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي
استاجرها لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي

يقع السد كما في الاجال والايمان بان حلف لا يكلم فلانا شهرا بخلاف الصوم فانه اذا نذر
ان يصوم شهرا متتابعين الشهر الذي يلي النذر لانه تختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان
الليل لا يصلح لذلك ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لان
الاهلة اصل في الشهور قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام
بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال
فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما وانما يصار الى البدل اذا تعذر اعتبار الاصل وان كان
في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد
وهو رواية عن ابي يوسف يعتبر شهرا بالايام واحد عشر شهرا بالاهلة لان الاهلة اصل
والايام بدل ففي الشهر الواحد تعذر اعتبار الاهلة وفي احد عشر شهرا اعتبار ما هو الاصل
ممكن فلا معنى للمصير الى البدل وله انه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة
تعذر اعتبار الثاني والثالث ايضا لان الشهر الاول لما وجب تكملته من الثاني لانه متصل به الشهر
انتقص الثاني ايضا فوجب تكملته من الثالث هكذا الى اخر المدة ونظائره كثيرة ويجوز اخذ اجرة
الحمام والحجام اما الاول فلتعارف الناس وقد قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند
الله حسن وقد صح انه عليه السلام دخل حمام جحفة وما فيهما من الجهالة ساقط العبرة لمكان
الضرورة واما الثاني فلانه عليه السلام احتجم واعطى الحجام اجرة ولو كان حراما لم يعطه
اياه لانه كما لا يحل اكل الحرام لا يحل دفعه لغيره ليأكل وقوله عليه السلام ان من السحت كسب
الحجام منسوخ بما روينا ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤجر فحلا لينزو
على الاناث لانه اجارة لاستيفاء العين قصدا ولا امر موهوم وهو الاحبال ولا يجوز
الاستيجار على الاذان والحج والامامة وتعليم القران والفقه ثم المذهب عندنا ان كل
طاعة تختص بها المسلم فالاستيجار عليه باطل وعند الشافعي كل ما لا يتعين على الاجير
اقامته فالاستيجار عليه صحيح لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز
كالاستيجار على بناء المسجد ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القران ولا تاكلوا به وقال
عليه السلام لعثمان بن ابي العاص صل بالقوم صلاة اضعفهم وان اتخذت مؤذنا فلا ياخذ
على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت تقع ثوابها للفاعل لا لغيره ولهذا تعتبر كونه
اهلا للقربة وشرط نيته لانه الامر ولو اسند فعله الى الامر لشرط نيته الامر واهليته

كما في الزكوة وكان اخذ الاجر على عمل نفسه لا للمستاجر فلا يجوز كما في الصوم والصلاة والفتوى على
انه يجوز الاستيجار على تعليم القران اليوم لان المنع في ذلك الزمان لرغبة الناس في التعليم
حسبة ومروة المعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان بلا شرط وفي زماننا قد زال المعنيان
فغ الامتناع عنه تضييع القران ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء
تخرجن الى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى منعهن عمر عن ذلك ولذا نفتي
بجواز الاجارة على تعليم الفقه قال رضا نجبر الاب على دفع الاجر الى الاستاد وكذا يجبر على
الحلوة المرسومة وقال الامام الحراحي في زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر
كذا في الروضة ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وساير الملاهي كالمزمار والطبل
لان الاستيجار على المعصية باطل وهذا لان بعقد الاجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا
ولا يجوز ان يستحق على المرء فعل يكون عاصيا به شرعا وتفسد اجارة المشاع الا من الشريك
عند ابي حنيفة ورويهما تقسيم وفيما لا تقسم وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي يجوز وبهما نفتي
وبخلاف على ذلك وصورته ان يؤجر نصيبا من دار او نصيبا من دار مشتركة من غير الشريك
او يؤجر نصف عبد او نصف دابة لهما ان هذا عقد معاوضة فيجوز في المشاع كالبيع
وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة وللجزء الشايع منفعة ولهذا اذا استحق المستاجر
فيها يجب اجر المثل على قول ابي حنيفة ولو كانت فاسدة اصلا لما انعقدت اصلا كالاجارة
على متاع الرضيع والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما لو آجر من شريكه ولو كان
الشيوع مانعا لما جاز من شريكه كالهبة ولو آجر من رجلين يجوز وكل واحد من المستاجرين
ملك منفعة النصف شايعا ولانه لو اعار نصف داره شايعا يصح والتبرع
في منع التبرع اكثر في المنع من المعاوضة كما في الهبة مع البيع واذا جاز تمليك منفعة
نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة اولى وله انه عقد على استيفاء المنفعة
على الوجه الذي اقتضاه العقد فلا يصح وهذا لان استيفاء المنفعة من النصف
شايعا لا يتصور اذ الانتفاع امر حسي والشايع لا يحتمله فالسكنى من الساكن لا يتصور
في جزء شايع وانما تحل جزءا معينا وكذا سائر الانتفاعات لا يتصور في الشايع
واذا لم يتصور استيفاء المنفعة من الجزء الشايع فهو باضافة العقد اليه ملتزم تسليم ما لا يقدر
على تسليمه فيفسد كما لو آجر العبد الآبق وهذا لان شرط صحة العقد ان يكون مقدور

السلم في نفسه وتسليم المشاع وحده لا يتصور وانما يتصور بطريقين اما تسليم كل الدار في كل المده
وهو باطل لان العقد لم يتناول كل الدار في كل المده وهو لا يسلم كل الدار في كل المده باختيار
اذ فيه ضرر عظيم او بتسليم كل الدار في نصف المده ان تهايا زمانا وهو باطل ايضا لان التهايؤ انما
يستحق حكما للملك المنفعه وملك المنفعه حكم لعقد الاجاره وكونه مقدور التسليم شرط العقد
وشرط الشي يسبقه وحكم العقد الشي يعقبه او يقارنه فلا يصلح شرط جواز العقد لئلا
ينقلب الحكم شرطا وهذا لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو
شرط فلا يصح ابدا والتخليه انما اعتبرت تسليما اذا كانت تمكينا وانما يكون اذا حصل بها التمكن
والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكن ثم واما اذا اجر من شريكه
فالكل يحدث على ملكه فلا يظهر معنى الشيوع وانما يظهر الاختلاف في حق السبب فالبعض
على الملك والبعض بحكم الاجاره ولا عبره لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم واذا لم يظهر الشيوع
صح العقد وعنه انه لا يصح في روايه عن ابي حنيفه لان استيفا المنفعه التي تناولها العقد لا يتاتى الا
بغيرها وهو منفعه نصيبه وذلك مفسد للاجاره كمن استاجر احد زوجي المقراض لمنفعه
قرض الثياب فانه لا يجوز لان استيفا المعقود عليه لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد وان مات احد
المستاجرين حتى بطل العقد في نصيبه بقي في حصه الاخر لانه يبقى العقد في حق الاخر لان الاجاره
تجدد انعقادها بحسب حدوث المنفعه فكان هذا الشيوع مقترنا بالعقد وفي ظاهر
الروايه يبقى العقد في حق الاخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد
لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طاري والشيوع الطاري لا يبطل العقد كما في الهبه
اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وهذا لان شرط العقد قد وجد فصح العقد
وبقا الشرط ليس بشرط لبقا العقد واما اذا اجر من رجلين ولان العقد اضيف الى كل الدار
ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما لتفرق الملك فيما بينهما وهو طاري وانما وجب اجر
المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع عبدا
ابقا بالف درهم فان العقد ينعقد على الفساد حتى اذا قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد
ولو استاجر طئرا لبرقيها ولمريض موضعه عند ابي حنيفه خلافا لهما وهو موضع اختلافهم في اجاره
المشاع ويجوز استيجار الظئر باجره معلومه لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن
والمراد بعد الطلاق وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فاقرهم

عليه ولان الحاجه تمس اليه اذ الصغير لا يتربى الا باللبن الادمي والام قد تعجز عن الارضاع لمرض او موت او حبل
ولا يحصل المقصود الا باستيجار الظئر ثم المعقود عليه المنفعه وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج
اليه واللبن يستحق تبعا على مثال الصبغ في صبغ الثوب فصح اذا كانت الاجره معلومه اعتبارا
بالاستيجار على الخدمه وقيل ان العقد يرد على اللبن لانه المقصود والقيام بمصالحه تبع ولهذا لو
ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر وان قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا ولم يكن البدل مقابلا به لما
تستوجب الاجر واليه مال شمس الايمه السرخسي والصحيح هو الاول لان عقد الاجاره لا ينعقد
على اتلاف الاعيان قصدا كما لو استاجر بقره او شاة مده معلومه ليشرب لبنها ويجوز بطعامها
وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفه وعندهما لا يجوز قياسا وهو قول الشافعي اذ الاجر مجهول لان الطعام
مجهول الجنس والقدر والصفه وكذلك الكسوه فلا يصح كما لو استاجرها للخبز والطبخ بطعامها وكسوتها
وله ان الجهاله انما تفسد العقود لما انها تفضي الى المنازعه لا بعينها وهذه الجهاله لا تفضي
الى المنازعه لان العاده الظاهره من الناس التوسعه على الاظار والجري على موجب مرادهن
لان منفعه ذلك ترجع الى اولادهم فصار كبيع قفيز من صبره بخلاف الخبز والطبخ وغير ذلك لان الجهاله
ثم تفضي الى المنازعه لجريان العاده بالمنافسه والاستقصا فيها فان سمى الطعام دراهم ووصف
جنس الكسوه واجلها وذرعها جاز اجماعا ومعنى تسميه الطعام دراهم ان يجعل الاجره دراهم
ثم يستبدل بها طعاما فصح لانه لا جهاله فيه ولو سمى الطعام وبين قدره وصفته جاز ايضا لما
بينا ولا يشترط تاجيل الطعام لان المكيل او الموزون اذا كان مكيلا موصوفا عن مساوي
بدليل ثبوته في الذمه فلا يشترط بيان الاجل ولكن يشترط بيان مكان الايفا عند ابي حنيفه لان
له حملا ومؤنه وقد مر في البيوع وان استاجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان
الاجل وبيان القدر والجنس لان وجوب الثياب دينا في الذمه عرف شرعا بخلاف
القياس والشرع انما ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرائط السلم وللمستاجر ان يمنع
زوجها من وطيها لان الوطي حق مستحق له قبل عقد الاجاره بحكم عقد النكاح وعقد النكاح باق
بعد الاجاره فيبقى ما كان حقا له فان كان لها زوج فاجرت نفسها ظيرا بغير اذنه فله ان
يفسخ الاجاره سواء كان الزوج ممن يشينه ان تكون امراته ظيرا او لا لان هذه
الاجاره توجب خللا في حق الزوج وللزوج ان يمنع امراته عما يوجب خللا في حقه
وهذا اذا كان الزوج معروفا فاما اذا كان لا يعرف انها امراته الا بقولها فليس له

ان يفسخ الاجارة لان العقد لزمها ووليها غير مقبول في حق من استاجر وللمستاجر ان يمنعه من غشيانها
في منزله لان المنزل له فله ان لا يكون له ان يدخله الا باذنه فان حبلت او مرضت فلهم ان يفسخوا
الاجارة لان لبن الحامل او المريضة يضر بالصبي وعليها اصلاح طعام الصبي وغسل
ثيابه لان العادة فيما بين الناس ان الظئر هي التي تتولى ذلك فصار ذلك كالمشروط وهذا
لان هذه الاشياء من توابع الارضاع والاصل ان الاجارة اذا وقعت على عمل فما كان
من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الاجارة على الاجير فالمرجع فيه العرف وطعام الصبي
على ابيه وعلى الظئر ان تهيئه للعرف وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذا
من عادة اهل الكوفة فان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لان هذا لا يسمى رضاعا
بل هو ايجار فلم تات بعمل مستحق عليها فلم تستحق الاجر ومن استاجر انسانا للقتل قاتل
وليه قصاصا لم يجز وعند محمد يجوز لانه عمل معلوم فصار كذبح الشاة ولهما انه لا تعارف
فيه وجواز الاجارة بالتعارف ومن دفع الى الحائك غزلا لينسجه له بالنصف او بالثلث
فالاجارة فاسدة والثوب لرب الغزل وللحائك اجر المثل وكذا اذا استاجر رجلا
ليحمل له طعاما بقفيز منه او استاجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فانه لا يجوز وان حمله
فله اجر مثله ولا يجاوز بالاجر قفيزا اما فساد الاجارة فلانه جعل الاجر بعض
ما يحدث من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا او ثورا ليطحن حنطته هذه بقفيز من دقيقها
ولان المسمى غير مقدور التسليم عند العقد اذ هو بعض المنسوج او المحمول والمستاجر
عاجز عن تسليم ما سماه وانما يصير مقدور التسليم بفعل الغير فلا يعد قادرا قبل
حصوله ولانه جعل الاجر ما لا يمكن تسليمه الا بعمل الاجير الذي يستحق عليه
بحكم العقد وهو القفيز ومعها يصير القدرة على التسليم التي هي شرط العقد
قائمة بحكم العقد فيصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما
بحكمه واما وجوب اجر المثل فلانه سلم له المعقود عليه لان العامل لم يصر شريكا
في العين لانه انما شرط له قفيز محمول وليس بمحمول في ابتداء التسليم بخلاف ما اذا استاجره
ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملكه الاجير
للحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما وتحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر

لما نبينه ان شاء الله تعالى ولا يلزم ان الاجارة هنا وان صادفت محلا غير مشترك ابتداء
فقد صادفت محلا مشتركا انتهاء لان العمل تم والمحل مشترك لانه يجب بعض الاجر ابتداء
العمل لانها لو صادفت محلا غير مشترك ابتداء وانتهاء تنعقد جائزا ولو صادفت محلا مشتركا
ابتداء وانتهاء لا تنعقد اصلا فاذا صادفت محلا غير مشترك ابتداء ومحلا مشتركا انتهاء
لم تنعقد الانعقاد ومنع الجواز ولا يجاوز بالاجر قفيزا لان الاجارة لما فسدت وجب
الاقل من المسمى ومن اجر المثل لرضاه بحط الزيادة وهذا بخلاف ما لو اشتركا في الاحتطاب
فانه يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى غير معلوم ثم فلا يصح الحط ومن استاجر
رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة وعندهما جائز
لان العقد وقع على عمل معلوم ببدل معلوم فصار كما لو لم يذكر الوقت وهذا لان المعقود
عليه هو العمل لانه هو المقصود في الاجارات وذكر الوقت محمول على التعجيل لا لتعليق
العقد به تصحيحا للعقد حتى لو فرغ نصف النهار فله الاجر كاملا ولو لم يفرغ في اليوم فعليه
ان يعمله في الغد لانه صار اجيرا مشتركا وله ان المعقود عليه مجهول وجهالة المعقود
عليه تفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذ الوقت
مختص بقدر المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن
لان العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار المعقود عليه المنفعة
يجب الاجر بتسليم النفس واغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين احدهما معقودا
عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ مقصود المستاجر العمل لان نفعه فيه ومقصود
الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهالة المعقود عليه
تمنع جواز العقد للافضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستاجر
ان يقول استعملك في بقية المدة حتى باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ
من العمل في اليوم فللاجير ان يقول بعد مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وعن
ابي حنيفة انه تصح الاجارة اذا قال في اليوم لانه للظرف لا للمدة فكان المعقود عليه
العمل بخلاف قوله اليوم لانه للمدة وقد مر نظيره في الطلاق واذا استاجر ارضه
للخبز والطبخ وارضاع الولد لا يصح لانه استاجرها على عمل هو عليها شرعا قال الشافعي يصح
ويجب الاجر اذا عملت كما بعد الابانة وان استاجرها رضاعا وشرط عليه ان يسها

[illegible]

او يلوي انهارها او يسرقنها فهو فاسد ولو استاجر ارضا على ان يسقيها او يكربها فهو جائز
واصله ان الشرط متى كان من مقتضيات العقد فلا يفسده والا فيفسده ثم شرط السقي
والكراب مما يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتاتى الا بهما واما الثنية وهو ان يرد الارض
مكروبة او يكربها مرتين في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة
فشرط مخالف لمقتضى العقد ولاحد العاقدين فيه منفعة اما على التفسير الاول فلان
رب الارض ينتفع به خاصة واما على الثاني فلان منفعة الكراب مرتين تبقى بعد انقضاء
الاجارة حتى لو كانت المدة ثلث سنين حتى لا يبقى منفعته لا يفسد العقد وكذا لو كانت
في بلد يحتاج الى تكرار الكراب ليخرج الريع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه
يكون من مقتضيات العقد حينئذ واما اذا شرط عليه ان يسرقنها فانما يفسد العقد
اذا بقي منفعته بعد انقضاء المدة اما اذا لم يبق فلا يفسد العقد واما اذا شرط
كري الانهار فلانه شرط لا يقتضيه العقد وليس المراد بكري الانهار الجداول في
الصحيح فان اشتراط كري الجداول يصح لانه لا يبقى اثره الى العام الثاني فكان المستاجر
هو المنتفع به خاصة دون غيره وهو واجب على المستاجر بدون الشرط فاذا شرط على
المستاجر فقد شرط ما يقتضيه العقد فلا يفسد العقد وانما المراد بها الانهار العظام
فاسم الانهار على الاطلاق لا يتناول الجداول لان منفعته باقية الى العام الثاني فيعد
شرط الموجر عليه عملا يختص هو بمنفعته بنفسه وان اجر ارضه ليزرعها بزراعة
ارض اخرى او دارا ليسكنها بسكنى دار اخرى او دابة ليركبها بركوب دابة اخرى او ثوبا
ليلبسه بلبس ثوب اخر لا يجوز عندنا وعند الشافعي يجوز لان المنافع كالاعيان عنده
ومبادلة العين بالعين بجنسه او بخلاف جنسه صحيحة عند المساواة ولهذا تصح الاجارة ببدل
دين ولو لم يكن في حكم العين لكان بيع الدين بالدين وكذا السكنى باخذه يصح ولم يجعل
دينا بدين وكذا اذا قوبل بجنسه ولنا ما حكى ابن سماعة كتب الى محمد وقال لم لا
يجوز سكنى دار بسكنى دار وطلب محمد في جوابه انك اطلت الفكر فاصابتك
الحيرة وجالست الجبائي وكانت منك زلة اما علمت ان اجارة سكنى دار بسكنى دار
كبيع قوهي بقوهي نسيئة شانه ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذا غير موجود
في الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النساء

بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النسا في الجنس المختلف ليس بحرام كما لو اسلم قوهيا في مروي ولانا انما جوزنا
الاجارة بخلاف القياس لمساس الحاجة اليها والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف
الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول ومن استاجر ارضا ولم يذكر
انه يزرعها او ذكر انه يزرعها ولم يذكر اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة اما الاول فلان
الارض يستاجر للزراعة وللبناء والغرس فاذا لم يبين شيئا من ذلك لم يصر المعقود عليه معلوما
واما الثاني فلتفاوت انواع الزراعات ونقصها ضررا للارض فاذا لم يبين شيئا من ذلك لم يصر المعقود
عليه معلوما فان زرع نوعا من هذه الانواع ومضى الاجل فله المسمى وينقلب العقد جائزا
استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل وهو قول زفر لانه استوفى المعقود عليه بحكم
عقد فاسد وما وقع فاسدا لا ينقلب جائزا ولنا ان المعقود عليه صار معلوما قبل مضي
الاجل فيرتفع الفساد وهو كالبيع الى الحصاد والدياس اذا اسقط الاجل قبل اوان الحصاد
وكاسقاط الخيار الزائد في المدة فانه ينقلب جائزا استحسانا خلافا لزفر ومن استاجر حمارا
الى مكة بدينار ولم يسم ما يحمل عليه فالاجارة فاسدة لتفاوت المحمول فان حمل عليه ما يحمل
الناس على مثله فنفق في الطريق لم يضمن لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان
كانت الاجارة فاسدة لان حكم الفاسد يؤخذ من الجائز فان بلغ المكان المسمى فله المسمى
استحسانا وفي القياس يجب اجر المثل لما مر فان تشاحا قبل الحمل هنا وقبل الزرع
في المسألة الاولى نقضت الاجارة دفعا للفساد ولو تعدى المستاجر وضمن لم يجب الاجر
لانه صار غاصبا للعين فكان هذا اتلافا للمنافع بطريق الغصب لا استيفاء للمنافع
المملوكة بالعقد فلم يجب عليه بدلها وعند الشافعي لا يسقط الاجر لانها ملحقة بالعين
عنده وفي المبيع لا يسقط ضمانه المشتري على الحمل للبايع واذا كان الطعام مشتركا
بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه ليحمل نصيبه منه الى مكان كذا فحمل
الطعام كله فلا اجر له لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي يجوز وله المسمى لان الاجارة
بيع فيصح في الشايع كبيع العين خصوصا على اصله لان المنفعة كالعين عنده وصار
كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له
الثياب بدرهم ولنا ان المعقود ورد على ما لا يعمل الوجود فيبطل ولا ينعقد كاجارة
ما لا منفعة له وهذا لان المعقود عليه حمل النصف الشايع وحمل النصف الشايع

غير مقصود لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وهو محله واذا لم
ينعقد لا يجب الاجر اصلا ولان ما من جزء يحمله من الطعام الا وهو شريك فيه فيكون عاملا
لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى الغير وبدون
التسليم لا يجب الاجر غاية الامر انه عامل للغير ايضا لكن جعله عاملا لنفسه اولى لان
الاصل ان الانسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة ولانه لو كان
عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا للغير يجب فلا يجب بالشك ولا يقال المحمول
لما كان مشتركا وجب ان يقع الحمل مشتركا لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزى
بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه ثم المنافع ويتحقق تسليمها بلا وضع الطعام
وبخلاف العبد لان المعقود عليه ثم ملك نصيب صاحبه والملك وصف حكمي والشائع
يقبل الصفات الحكمية ولو استاجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب الاجر بقدر ما
قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان
لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ٥

باب ضمان الاجير

هو فعيل بمعنى فاعل وفي المجمل اجرت الرجل مواجرة اذا جعلت له على فعله اجرة وفي باب
فاعل من جامع الغوري اجر الدار وهكذا في ديوان الادب والمصادر وفي كتاب العين
اجرت مملوكي اوجره ايجارا فهو موجر وفي الاساس اجرني داره فاستاجرتها وهو موجر
ولا تقل مواجر فانه خطا وقبيح وليس اجر هذا فاعل ولكن افعل وانما الذي فاعل قولك
اجر الاجير مواجرة واسم الفاعل من نحو اجر الدار موجر والاجر في معناه غلط الا ان يقال انه
نظير قولهم مكان عاشب في معنى معشب ثم الاجرا على ضربين اجير مشترك واجير خاص
فالاجير المشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ويعمل لغير واحد كالصباغ والقصار لان
المعقود عليه اذا كان هو العمل او الوصف الذي يحدث في العين بعمله ولا يمتنع عليه
ان يشترك له العمل لغيره لان ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم
فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يمتنع عليه قبول السلم من غيره ولهذا سمي مشتركا
لان له ان يعمل لمن شاء ولم يصر منافعه مستحقة لواحد والمتاع امانة في يده ان هلكت
لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو القياس سواء هلك بامر

يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والغارة الغالبة
والمكابرين وقالا ان هلك بامر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان وان هلك بامر يمكن التحرز عنه فعليه
الضمان استحسانا لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك احتياطا
لاموال الناس ولان المعقود عليه ايضا الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود
عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن عيب سبب الهلاك الذي
لا يقع الا للتقصير في الحفظ ولو بالغ لاندفع فاذا هلك بجهة يمكن الاحتراز عنها كالغصب
والسرقة صار بالتقصير تاركا ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده فيضمن كالوديعة
اذا كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب الخرق فاذا خرق
كان ضامنا وهذا لانه لا يتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق
عليه وما لا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا الا ان ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا
كالموت حتف انفه والحريق الغالب ونحوهما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن
لعدم الجناية والتقصير منه وله ان العين امانة عنده لان قبض العين باذن المالك
لمنفعته وهي اقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحد وهذا
لان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما اما التعدي
فلانه قبض باذن المالك واما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا
يصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا لضمنه
كالمغصوب اما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة ولهذا لا يقابله الاجر
بحال وجعل العين تابعا للعمل قلب الحكمة فلا يصار اليه الا عن ضرورة كما في الحبس
اذ لا يقدر على حبس اثر فعله الا بحبس العين بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق
عليه مقصود اذ العقد عقد حفظ والاجر في مقابلة الحفظ وعن علي رضي الله عنه
انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحو ذلك وكانت المسألة مختلفة بين الصحابة
فلا يجب تقليد البعض ويضمن ما تلف بعمله كالخرق بدقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل
الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده وقال زفر والشافعي لا ضمان
عليه لانه ماذون فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمعين في الدق واجير الوحد وهذا
لانه امر بالفعل مطلقا فينتظم نوعيه المعيب والسليم واما الحريق بصنعه

في الثوب ولئن كان المعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن اذ الدق المصلح ليس في وسعه ولئن
كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه الا بحرج وما فيه حرج ملحق بما ليس في الوسع وهو
كالبزاغ والفصاد والحجام والختان فانه لا يجب الضمان عليهم اذا سرى الى النفس
لهذا المعنى ولنا ان التلف حصل بعمل غير ماذون فيه فيكون مضمونا كما لو دق
الثوب بغير امره وهذا لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد والداخل
تحت العقد العمل المصلح لان الاذن انما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على السليم
لان مطلق العقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع
فاذا ثبت ان المعقود عليه السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون
ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع اخر بخلاف معين القصار لانه
متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بوصف السلامة لئلا يمتنع عنه مخافة الغرامة وهنا
يعمل بالاجر فيتقيد بوصف السلامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما
لان العقد لم يتناول العمل الصالح لان نفس ذلك العمل افساد وانما السلامة
المطلوبة من العمل ان لا يجاوز القدر المقدور ومتى جاوز ضمن وهنا الملتزم بالعقد
الدق المزين المحسن ولانه لا يمكن الاحتراز عن العمل الساري لان السراية والافتصاد
يبتنيان على قوة المحل على احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه
معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال فاما التحرز عن الحرق في وسع
القصار الا انه مما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد كالتزامه وعمله
واما معتبر في خطابات الشرع رحمة ونظرا وبخلاف اجير الوحد لما نبينه وانقطاع
الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنعه الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق في السفينة
او سقط وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وذا لا يجب بالعقد
وانما يجب بالجناية الا ترى انه يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة وان
استاجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره او على دابته الى موضع معلوم فانكسر في بعض
الطريق او كسره عمدا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله
ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي انكسر او كسره واعطاه اجره
بحسابه وقال زفر ان انكسر لا يضمن شيئا لما بينا وان كسره ضمن قيمته في المكان

الذي كسره لانه اتلفه في هذا المكان فيضمن ما هو قيمته في هذا المكان ويعطيه اجر ما حمل لانه
اوفاه المنافع الى ها هنا ولا خيار للمستاجر عنده اما الضمان عندنا في مسألة الانكسار
فلان الحمال اجير مشترك فيضمن ما تلف بجناية يده لان السقوط بالعثار وبانقطاع الحبل
وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلان الحمال موافق من وجه فانه امر بالحمل وقد حمل
مخالف من وجه لانه امره بالحمل على وجه يصير محمولا الى مكان معين ولم يات به كاملا
وان مال الى جهة الخلاف ضمنه في المكان الذي حمل ولا اجر لانه لم يسلم العمل وان مال
الى الوفاق ضمنه في المكان الذي انكسر واعطاه من الاجر بحسابه ولان المعقود عليه
فات بعضه فصار كالمبيع العين اذا فات بعضه ثم خير المشتري كذا هنا فان قيل
كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم قلنا لما انكسر في
الطريق والحمل شيء واحد حكما اذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو ان يحمله محمولا الى
موضع عينه ظهر انه وقع تعديا ابتداء وفي الحقيقة ابتداؤه سليم وانما صار تعديا
عند الكسر فان مال الى الوجه الحكمي فلا اجر له لانه لم يستوف من عمله اصلا وان
مال الى الوجه الحقيقي فله الاجر بقدر ما استوفى والاجر والضمان انما لا يجتمعان عندنا
في حالة واحدة وقد اختلفت الحالة هنا وهذا لانه اذا ضمنه قيمته في مكان
انكسر فقد جعل المتاع امانة عنده من حيث حمل الى موضع انكسر فالاجر يجب
في حالة الامانة وانما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة اخرى وان تلف في
يده بغير فعله بان زحمه الناس لا يضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما ولا يضمن حجام او
بزاغ او فصاد اذا لم يتعد المعتاد فيما عطب لانه لا يمكنه القصد والتحرز عن
سبب الهلاك لغموض احوال باطن الحيوان فربما يكون ضعيف المزاج لا يندمل جرحها
وقد يسري الى النفس وربما يكون قوي المزاج فيندمل في تلك الساعة ولا اطلاع
للفصاد ونحوه على قوة طبعه وضعفه فلا يتقيد بالمصلح من العمل وكيف يستحق
السلامة بالعقد هنا والمطلوب هو الجرح وهو افساد وتخريب البنية كما ترى
والسلامة ضده ولا كذلك الدقاق الثوب ونحوه لان قوة الثوب او رقته
يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقيد بالمصلح فاذا افسد يضمنه والاجير
الخاص من يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او

لرعي الغنم وقد يسمى اجير وحد لانه يمكنه ان يعمل في تلك المدة لغيره لان العقد ورد على
منافعه وذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة فاذا صارت منافعه مستحقة
بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجابها لغيره كما لو باع عينا من رجل لا يملك بيعه من غيره
ولهذا لو سلم ولم يعمل او نقص العمل يستحق الاجرة بخلاف الاجير المشترك واعلم انه
اذا استاجره ليرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترعى غنم غيري
مع غنمي فيصير اجير وحد وان ذكر المدة اولا بان استاجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم
فهو اجير مشترك ولا يضمن الاجير الخاص ما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول
فلان العين امانة في يده بالاجماع اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير
المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يقبل اعمالا كثيرة
رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها
او لا ياخذ الا ما يقدر على حفظه واجير الوحد يعمل له في بيته ولا يتقبل الاعمال من غيره
فاخذنا فيه بالقياس ولان البدل ليس بمقابلة العمل فلا يشترط فيه السلامة
عن العيب واما الثاني فلانه لما سلم النفس صار عمله كعمل رب المال وهذا لان
المنافع صارت مملوكة للمستاجر وصار هو نائبا منابه في الفعل فكانه فعل بنفسه
فلهذا لا يضمنه ٥

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم صح الشرط الاول
وفسد الثاني حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان فلو خاطه اليوم فله درهم ولو خاطه في الغد
فله نصف درهم وقال زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع في اليوم والغد تسميتان فيفسد
العقد كما لو قال خطه اليوم بدرهم او بنصف درهم وهذا لانه اجتمع فيهما عقدان اما في
اليوم فلان المضاف الى الغد ثابت في اليوم لان ذكر الغد للترفيه لا للاضافة والتعليق
ولهذا لو افرد العقد بالغد بان قال خطه غدا بنصف درهم صح هذا العقد في اليوم
حتى لو خاطه اليوم استحق نصف درهم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق
الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت العقد به ولهذا لو افرد العقد في اليوم
بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت العقد به حتى لو خاطه في الغد

١٠٥

يسمى الاجر فلا بد انها صح ما قلنا انه اجتمع في اليوم والغد تسميتان فوجب بخياطة احدهما درهم
او نصف درهم لان الخياطة واحدة فيجب احدى التسميتين لا بعينها وهي مجهولة وهذه
الجهالة توقعهما في المنازعة ولهما ان الثابت في كل واحد من اليومين تسمية واحدة
فيجوز العقدان وهذا لان ذكر اليوم والغد للتاقيت والاضافة حقيقة وللتعجيل
والترفيه مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه كيف وقد قام الدليل على
ان المجاز غير مراد لان العقد يفسد على تقديري التعجيل والترفيه لاجتماع العقدين
حينئذ وعلى تقدير التاقيت يفسد العقد والاضافة لا تخالف حالة الانفراد لانه
لو حمل على التوقيت يفسد العقد ومتى حمل على التعجيل او الترفيه لا فصرنا الى المجاز
بدلالة حالهما ولابي حنيفة ان اليوم حقيقة للتاقيت والغد للاضافة والتعليق
والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه والدليل قد قام على المجاز في ذكر اليوم
وهو التعجيل لانه ازداد له في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى اخر والنقصان بقدر
التاخير والزيادة بتقدير التعجيل فكان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت وفي
الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز اي الترفيه بل الدليل دل على ارادة الحقيقة
وهي الاضافة والتعليق لانه نقص من الاجر متى خاطه في الغد ولو كان ذكر الغد
للترفيه لما نقص من الاجر متى خاطه في الغد ولو كان ذكر الغد للترفيه بسبب التاخير
اليه لانه يزول معنى الترفيه بنقصان الاجر فصار ذكر الغد للاضافة والتعليق به
وذكر اليوم للتعجيل فاذا ثبت هذا نقول العقد المضاف الى الغد لم يثبت
في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا في اليوم والمضاف الى اليوم
باق الى الغد لانه لم ينقض بمضي اليوم لما صار ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فيجتمع
في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الاجر مجهولا لجهالة مانعة من
التسليم والتسلم وهي تمنع جواز العقد وفي مسئلة الخاتم جعل ذكر اليوم للتوقيت
جعل العقد منعقدا على تسليم النفس في المدة او على جميع العمل فانه على ما مر
تقريره والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتاقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز
وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التاخير فعدلنا الى الحقيقة
وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يتم مثل هذا الدليل ثم فكان التاقيت مرادا فيفسد

العقد فان خاطه في الغد فله اجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم وهذا
يدل على انه قد يزاد على نصف درهم وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يزاد على نصف درهم
وينقص عن نصف درهم فحصل عن ابي حنيفة روايتان وجه هذه الرواية ان الواجب في
الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما
الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال ان التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني
لان اعتبار المصرح اولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم وجه ظاهر الرواية
انه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها وتعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا اولى من الترجيح بالمصرح فان خاطه في
اليوم الثالث فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة لانه اذا لم يرض بتأخيره
الى الغد الا بحط نصف درهم فالى بعد الغد اولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا
يزاد عليه ولو نوع ان صحا كنوعي عمل في دار او مسافة او حمل في دابة اما الاول
فان يقول ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان فالشرطان
جائزان عند الثلاثة وعند زفر والشافعي فاسدان لجهالة المعقود عليه وبه ولنا
ان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب بالعمل وعند العمل يصير المعقود عليه وبه معلوما
وكذا لو قال للصباغ ان صبغته بعصفر فلك درهم وان صبغته   فدرهمان فهو
جائز على ما ذكرنا وكذا لو وقع العقد على احد شيئين وسمى لكل واحد اجرا معلوما فهو
جائز نحو ان يقول اجرتك هذه الدار سنة بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا لو خير
بين مسافتين مختلفتين بان يقول اجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا او الى الكوفة
بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز وكذا في الخياطة
والصبغ اذا ذكر ثلاثة انواع جاز وان زاد عليها لم يجز والاصل في جميع ذلك البيع
والجامع بينهما دفع الحاجة غير انه اذا باع احد العبدين لا يصح الا بشرط الخيار
وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل فاذا شرع في احد العملين
ارتفعت الجهالة والجهالة انما تمنع جواز العقد بواسطة الافضاء الى المنازعة
المانعة من التسليم والتسلم ووقت التسليم والتسلم وقت الوجوب فاذا لم تكن
الجهالة ثابتة وقت الوجوب لم يكن المانع موجودا وفي البيع يستحق الثمن بنفس العقد

فيصير الجهالة المفضية الى المنازعة على حالها فلم ترتفع الا باشتراط الخيار واما الثاني فان يقول
آجرتك هذه الدار على انك ان قعدت فيها حدادا فالاجر عشرة وان قعدت خياطا فالاجر
خمسة وكذا لو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنت حدادا
فبدرهمين او قال ان اسكنته عطارا فبدرهم وان اسكنت فيه حدادا فبدرهمين
فالاجارة جائزة فيهما عند ابي حنيفة وعندهما فاسدة واما الثالث فان يستأجر دابة
الى الحيرة بنصف درهم وان جاوزتها الى القادسية فبدرهم فهو جائز ذكر محمد هذه المسئلة ولم
يحك فيها خلافا فاحتمل ان يكون هذا قول الكل واحتمل ان يكون قول ابي حنيفة
وعندهما لا يجوز واما الرابع فان يستأجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير
فاجره نصف درهم وان حمل حنطة فاجره درهم جاز عنده وعندهما لا يجوز لهما ان
المعقود عليه وبه مجهول فتفسد الاجارة وهذا لان الاجر انما يجب بتسليم الدار
والدابة من غير عمل ولا يدرى وقت التسليم انه يسكن فيه حدادا فيجب عشرة او خياطا
فيجب خمسة فلو كان الاجر مجهولا وقت التسليم بخلاف الخياطة الرومية والفارسية
لان الاجر لا يجب الا بالعمل والجهالة لا تبقى عند العمل فصار الاصل عندهما ان الاجر
متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى عند التسليم ايهما يجب يفسد العقد وله
ان هذا تخيير بين عقدين مختلفين صحيحين فوجب القول بصحته كما في الفارسية والرومية
وهذا لان السكنى وعمل الحدادين مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذا
عند الجمع والغالب في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة فالظاهر ان لا يخلو عن
الانتفاع فاذا اتى بالانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو
من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج الى
ايجاب الاجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل باحد العملين اذ الفضل لا يجب
بالشك وقيل يجب الاقل ونصف الفضل وقيل نصف كل واحد منهما فلا يمنع
الجهالة بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم ببدل معلوم
وضم اليه زيادة في البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل
متعلق باختيار الفضل في المعقود عليه ٥

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشرط ذلك لان خدمة السفر اشق من خدمة الحضر فليس له ان يكلفه ذلك بمطلق العقد ولهذا جعل السفر عذرا على ما سيجي في باب فسخ الاجارات ان شا الله تعالى فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار وان سافر هو في ملك منافعه منزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فهلا يكون له ان يسافر به قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا بعمل واعطاه الاجر جاز وليس للمستاجر ان ياخذه منه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجوز وللمستاجر ان ياخذه منه لان عقد المحجور عليه باطل فلا يستحق الاجر لبطلان الاستيجار كما لو هلك من العمل فانه يضمن المستاجر قيمته ولا يجب الاجر وجه الاستحسان ان العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى الا ترى انه يجوز قبوله الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق المولى ثم جواز الاجارة بعد ما سلم من العمل محض نفعا في حق المولى لانها اذا جازت حصل للمولى الاجر بغير ضرر يلحقه ولو لم تجز لا يجب الاجر وتضيع على المولى منافع العبد ولا تتقوم اصلا فوجب القول بالنفاذ واذا جازت الاجارة صح من العبد قبض الاجر لانه العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستاجر ان يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد في ذلك العمل فانه يجب على المستاجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لان المستاجر صار غاصبا له باستعماله فضمن قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه وسلم من العمل صحت الاجارة لما مر فان اخذ العبد الاجر فاخذه الغاصب منه فاكله لا يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لانه اتلف مال الغير بغير اذنه لان الاجر مال مولى العبد لانه كسب عبده وكسب العبد تبع لرقبته فيكون لمالك الرقبة وله انه اتلف مالا غير متقوم في حق المتلف فلا يضمن كنصاب السرقة بعد القطع وهذا لان التقوم انما يثبت بالاحراز والاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك او نائبه ويد المالك لم تثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف

١٠٧

يكون محرزا ما في يده ولان الاجر بدل منفعة العبد ولو اتلف منفعة العبد بان استعمله في عمل من الاعمال لا يضمن فكذا اذا استهلك بدلها ولو وجد المولى الاجر قائما اخذه لانه وجد عين ماله لانه لا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك ويجوز قبض العبد الاجر عندهم لانه نافع محض ومن استاجر من رجل عبده شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح والشهر الاول باربعة والشهر الثاني بخمسة لانه لما قال شهرا باربعة انصرف الى ما يلي الايجاب كما لو سكت عليه فقال استاجرت منك عبدك هذا شهرا بكذا فانه ينصرف الى ما يليه تحريا لصحة العقد فكذا هذا واذا انصرف اليه انصرف الثاني الى ما يلي الاول ايضا تحريا للجواز

باب الاختلاف

اختلفا في اباق العبد ومرضه وجريان الرحى حكم الحال حتى لو استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جا في اخر الشهر والعبد مريض او ابق فاختلفا فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال رب العبد لم يكن ذلك الا قبل ان اتيتني بساعة فالقول للمستاجر ولو كان صحيحا في الحال او غير ابق فالقول للموجر والاصل في هذا ان القول قول من يشهد له الظاهر عند التنازع ففي الفصل الاول الظاهر شاهد للمستاجر لان الاباق او المرض ظاهر في الحال والحال يدل على ما مضى وكان التمكن من الانتفاع فيما مضى فائتا ظاهرا فالموجر بقوله ما ابق الا في الحال يدعي انه كان متمكنا من الانتفاع والمستاجر ينكر فكان القول له وفي الفصل الثاني التمكن من الانتفاع ثابت فيما مضى ظاهرا بدلالة الحال فالمستاجر يدعي فوات التمكن فيما مضى والموجر ينكر فيكون القول له واصله الاختلاف بين مستاجر الرحى والموجر في جريان الما وانقطاعه فيما مضى فانه يحكم الحال فان كان الما منقطعا وقت الخصومة فالقول للمستاجر فيما مضى وان كان جاريا فالقول لرب الرحى مع يمينه والحال وان لم تصلح حجة عندنا تصلح مرجحا اذ الترجيح ابدا انما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف في اصول الفقه وان اختلفا في القميص والقبا والحمرة والصفرة او الاجر وعدمه صدق المالك اما الاول فهو ان يقول رب الثوب امرتك ان تعمله قبا وقال الخياط بل قميصا فالقول لرب الثوب لان الاذن يستفاد من قبله وكان القول قوله فيما اذن فيه الا ترى لو انكر

اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر وصفه ولكنه يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه
فاذا حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لانه امتثل ما
امر وهو القطع والخياطة ولكن قد يغير الوصف فكان لصاحب الثوب الرضا به ٥
واما الثاني فان يقول رب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر
وقال الصباغ بل امرتني اصفر فالقول لرب الثوب ايضا لما بينا واذا حلف فان
شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء اخذ ثوبه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى
وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه كالغصب ٥ واما الثالث
فان يقول رب الثوب عملته لي بغير اجر ويقول الصانع باجر فالقول لرب الثوب
لانه ينكر العقد ووجوب الاجر ويقوم عليه وقال ابو يوسف ان كان الصانع
حريفا له اي بينهما اخذ واعطاء فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما من المعاملة دل على انه
طلب منه اقامة العمل باجر ظاهر فقام ذلك مقام الشرط عادة وقال محمد ان كان
الصانع معروفا بهذه الصنعة باجر فالقول له لان الظاهر انه لا يعمل الا باجر لما نصب نفسه الا
لاجله وقول ابي حنيفة قياس وجوابه عن استحسانهما ان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق
والحاجة هنا الى استحقاق الاجر

٥ باب فسخ الاجارة

وتنفسخ الاجارة بموت احد العاقدين ان عقد الاجارة لنفسه وقال الشافعي لا تنفسخ
بموتهما ولا بموت احدهما لان المنافع عنده كالاعيان القائمة ثم العقد على العين لا يبطل بموت احد
العاقدين فكذا العقد على المنفعة ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب
ما يحدث من المنفعة فاذا مات الموجر فالمستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملكه وقد
فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث
والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة واذا مات المستاجر فلو بقي العقد بعد موته
انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث اذ الوراثة خلافه ولا
يتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك الوارث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه
في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حق المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعده
لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا انتفى الارث
تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه

وان عقدها لغيره لا تنفسخ بموته كالوكيل والاب والوصي والمتولي في الوقف لبقاء المستحق
عليه والمستحق واذا مات احد المستاجرين او الموجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت
الاجارة في نصيب الحي وقال زفر تفسد في نصيب الحي ايضا لانه اجارة المشاع ولو كان الشيوع
مقارنا للعقد يمنع صحة العقد فاذا طرى عليه افسده ولنا ان شرط العقد
يشترط عند العقد لا عند بقائه وتنفسخ بخيار الشرط والعيب والعذر اما الاول ففيه
خلاف فان شرط الخيار في الاجارة يصح عندنا ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وعند
الشافعي لا يصح لان شرط الخيار في البيع ثبت بالنص بخلاف القياس والاجارة ليست
معناه فلا يجوز بشرط الخيار فيها وهذا لان شرط الخيار للفسخ ولا بد ان يتلف شيء من
المعقود عليه في مدة الخيار وذا مانع من الفسخ اذ رد كل المعقود عليه بالفسخ مستحق بالخيار
ولا يقدر المستاجر على رد المعقود عليه على الكمال لو كان الخيار له ولا يقدر الموجر على
التسليم ايضا على الكمال لو كان الخيار له بخلاف البيع ولنا انها عقد معاوضة لا يستحق
القبض فيه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لان شرط
الخيار انما ثبت في البيع لدفع الغبن بالتروي فيه اذ البيع يقع بغتة فالشرع اثبت الخيار
ثم دفعا لهذه الحاجة والاجارة في هذا كالبيع لانها تقع بغتة وربما يغبن فيها فشرع الخيار
فيها دفعا للضرر ومنعا للزوم بخلاف الصرف والسلم لان شرط الخيار ثم يمنع تمام
القبض المستحق بالعقد اذ القبض انما يتم اذا كان بناء على الملك والخيار يمنع الملك
وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا لا يمنع الرد
بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان تسلم الكل ورد الكل ممكن ثم فشرط وهنا غير
ممكن فلا يشترط للضرورة ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض
المدة لان الخيار لو ثبت لما ثبت لتفرق الصفقة في المعقود عليه والعقد كما وقع
وقع متفرقا فانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقا
بعقد اخر وما ملك بعقدين فتعذر التسلم في احد العقدين لا يؤثر في الاخر وعند
الشافعي للمستاجر حق الفسخ فيما بقي لان المنافع عنده كالاعيان واذا فات بعض ما تناوله
العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة كما لو اشترى شيئين فهلك احدهما قبل
القبض واما الثاني فبالاجماع حتى لو استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله

ولانه الفسخ لان المعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي توجد شيئا فشيئا فما وجد من العيب يكون
العيب صح حادثا قبل القبض فيثبت الخيار كما اذا احدث بالمبيع قبل القبض ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة
مع العيب فقد رضي بالعيب فلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل ما ازال به العيب فلا
خيار للمستاجر لان العيب قد زال قبل فسخ العقد والعقد يحدث ساعة فساعة فلم يوجد
العيب في العقد الاتي فسقط الخيار بخلاف ما اذا اسقط من الدار ما لا يضر بالسكنى
لان المعقود عليه منفعة السكنى فاذا لم يتمكن الخلل فيها لا يثبت الخيار واما الثالث
ففيه خلاف فان الاجارة تفسخ بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا تفسخ بالاعذار وانما
تفسخ بالعيب اذ المنافع كالاعيان الموجودة عنده وكان العقد عليها كالعقد على العين
فكما لا تفسخ البيع الا بعيب فكذلك الاجارة ولنا ان العذر في الاجارة كالعيب
الحاصل قبل القبض في البيع وهذا لان المعقود عليه وهو المنافع لا تصير مقبوضة الا
بالاستيفا والاجارة تفسخ بالعيب الحاصل قبل القبض فتفسخ بالعذر الحاصل قبل
القبض والجامع بينهما عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر زايد لم يستحق به
فيثبت له حق الفسخ دفعا لذلك الضرر وهذا تفسير العذر عندنا الا ترى ان من استاجر
انسانا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او ليتخذ له وليمة فاختلعت منه او ماتت فلو لم
يكن ذلك عذرا وبقي العقد لكان ضررا بينا ثم العذر قد يحدث في العين المستاجرة ما
يمنع الانتفاع بها كخراب الدار المستاجرة وانقطاع الماء عن الضيعة او الرحى وقد اختلف
اصحابنا في هذه المسئلة فقيل ينفسخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى وانقطاع
الشرب عن الارض لفوات المعقود عليه وهي منفعة السكنى ونحوه قبل القبض فصار
كهلاك العبد المستاجر وقيل لا ينفسخ العقد وهو الاصح لان المنفعة قد فاتت
على وجه يتصور عودها فشابه اباق العبد المستاجر وذا لا يوجب انفساخ العقد
ونص في الاصل ان الاجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء وقد روى هشام عن محمد
انه لو استاجر بيتا فانهدم فبناه الموجر واراد المستاجر ان يسكنه في بقية المدة فليس
للموجر منعه من التسليم وكذا ليس للمستاجر ان يمتنع من القبض فهذا دليل على ان
العقد لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ياتي فيه
السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد لهذا ولكن لا اجر على المستاجر لعدم تمكنه

من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستيجار ولو انقطع ما الرحى والبيت مما ينتفع به بعد الطحن
فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شي من المعقود عليه فاذا استوفى لزمته حصته ومن استاجر
دكانا في السوق ليتجر فيه فافلس فهذا عذر وله ان ينقض الاجارة لانه استاجره
للانتفاع به وهو يتضرر بابقاء العقد بعد ما افلس ضررا لم يلتزمه بنفس العقد وكذا
لو اجر دارا او دكانا ثم افلس ولزمه دين بعيان او ببيان او اقرار ولا مال له سواه
ولا يقدر على قضائه الا بثمن ما اجر فهذا عذر يفسخ به الاجارة لان في ابقا العقد ضررا
لم يلتزمه بالعقد وهو الحبس الى سقوط حق المستاجر عن العين فان قيل ينبغي ان
لا يحبسه القاضي اذا تعلق به حق المستاجر بل يتاخر الحبس الى ان تنقضي الاجارة
قلنا القاضي لا يصدقه في ان لا وفاء له الا من ثمن المستاجر فيحبسه لهذا ثم العذر
اذا تحقق تنفسخ الاجارة بنفس العذر او يحتاج فيه الى الفسخ لم يذكر محمد ايضا هذا في شي
من الكتب واشارات الكتب متعارضة في بعضها اشار الى انه تنفسخ بنفس العذر وبه
اخذ بعض المشايخ وفي عامتها تشير الى انه يحتاج فيه الى الفسخ وعليه عامة المشايخ وهو
الصحيح ثم اذا احتيج الى الفسخ على ما عليه اشارات عامة الكتب هل ينفرد صاحب العذر
بالفسخ او يحتاج فيه الى قضاء القاضي او رضى العاقد الاخر ذكر في الزيادات انه
يشترط القضاء او الرضا واشار في الجامع الصغير وفي الاصل الى انه لا يشترط القضاء
ولا الرضا ثم عامة المشايخ الذين شرطوا النقض اختلفوا في ذلك فقال بعضهم ما ذكر
في الزيادات محمول على عذر يحتمل الاشتباه كما اذا لحق الموجر دين وهو يدعي
انه لا وفاء له الا من ثمن ما اجر لانه يحتمل ان يكون له وفاء من غير المستاجر فيحتاج
الى القضاء لزوال الاشتباه بالقضاء وظهور العذر وما ذكر في الاصل والجامع
الصغير محمول على ما اذا كان العذر واضحا لا اشتباه فيه فلا يحتاج الى القضاء ومنهم
من قال في المسئلة روايتان وجه ما ذكر في الجامع الصغير وفي الاصل ان العذر
بمنزلة العيب الحاصل قبل القبض من الوجه الذي سبق تقريره وفي العيب قبل القبض
لا يحتاج في فسخ العقد الى القضاء والرضا كما في بيع العين وجه ما ذكر في الزيادات
وهو الاصح ان هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على القضاء او الرضا كالرجوع في الهبة وطريق
القضاء ان يبيع الموجر الدار اولا فاذا باع وهو لا يقدر على التسليم لتعلق حق المستاجر

فالمشتري يرفع الامر الى القاضي ويطلب منه فسخ البيع او تسليم الدار اليه فالقاضي يمضي البيع فينفذ
البيع وينقض الاجارة وانما لا ينقض القاضي الاجارة قصدا الا انه لو نقضها قصدا ربما لا يمضي
البيع فيكون النقض باطلا لاحق المستاجر قصدا او انه لا يجوز ويسال نقضها ثم بيعها ومن استاجر
ليسافر عليها ثم اراد ان يقعد فهذا عذر لانه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه الا بالتزام ضرر
وهو السفر فيثبت له حق الفسخ دفعا لهذا الضرر عن نفسه ولانه عسى يتعذر عليه
السفر بهلاك اسبابه او لفوات مقصوده فربما يكون مقصوده الحج او طلب الغريم او التجارة
فذهب وقته او حضر غريمه او حطت تلك التجارة هنا وان اراد المكاري ان يقعد
فذا ليس بعذر لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير التزام ضرر بان يقيم غيره مقام نفسه
في الخروج مع دوابه فيبعث غلامه او تلميذه مع دوابه وان مرض الموجر فقعد فليس
بعذر على رواية الاصل لانه يمكنه ان يرسل رسولا يتبع الدابة وروى الكرخي انه عذر
لانه اذا مرض يتعذر خروجه لا باحسانه وغيره لا يقوم مقامه الا بضرر فيدفع عنه عند الضرورة
بخلاف ما اذا اراد ان يقعد لانه امكنه الخروج واذا نزل باحسانه فعليه ان يقيم غيره
مقامه ومن اجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد
والمانفوته الاسترباح وهو امر زائد ولو نقضنا الاجارة به لما سلمت اجارة ابدا
ولبطلت حوائج الناس وان استاجر الخياط غلاما ليخيط معه فافلس وترك العمل
وقام عن الناس السوق فهو عذر لانه عجز عن المضي في موجب العقد لان تجارته ينقطع
بالافلاس فتبقى الاجارة غرامة عليه فيثبت له حق الفسخ دفعا للغرامة عن نفسه
فان قيل الخياط يتوصل الى الخياطة بالمخيط والمقراض ولا يعجز عن اكتسابهما فلم يتحقق
افلاسه قلنا تاويل المسالة في خياطة يعمل لنفسه في بيت نفسه ثم يبيع الثياب
كما هو عرف اهل الكوفة لا الخياط الذي يعمل للناس على ان الخياط الذي يعمل للناس
قد يعجز عن ذلك بان يظهر خيانته عند الناس فيتحامون معاملته وتسليم العمل اليه
وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فهو ليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد
الغلام للخياطة في ناحية من الدكان وهو يعمل في الصرف في ناحية اخرى من الدكان
بخلاف ما لو استاجر دكانا للبيع فيه الطعام فبدا له ان يقعد في سوق الصيارفة
فهذا عذر لان التجارة الاولى ربما لحقه فيها خسران والعمل بالاجر بنفسه

متعذر فجعل عذرا وفي مسالتنا العمل بالامرين ممكن لان العامل شخصان ومن استاجر عبدا للخدمة
في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يمكنه ان يسافر بالعبد لان خدمة السفر اشق من خدمة الحضر
والحجر عن السفر لاستخدام العبد يضر به ضررا غير مستحق بالعقد لما فيه تعطيل مصالح السفر
فكان عذرا وكذا الجواب فيما اذا استاجر للخدمة مطلقا لان المستاجر لا يملك ان
يسافر به وان كان العقد مطلقا لما مر بخلاف ما لو اجر العقار ثم سافر لعدم الضرر لان
المستاجر يتمكن من استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما
فيه من المنع من السفر وفيه ضرر تعطيل مصالح السفر او الزام الاجر بلا سكنى وهو ضرر بين

باب المتفرقات

ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض غيره لم يضمن
لان هذا تسبب وليس بمباشرة والضمان بطريق التسبب يعتمد التعدي في التسبب
الا ترى ان من حفر بيرا في داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعد ولو رمى
سهما في ملكه فاصاب نفسا او مالا فهلك يضمن لانه مباشرة فلم يتوقف على التعدي
وهذا لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر فاما التسبيب فليس بعلة فلا بد من
صفة العدوان ليلتحق بالعلة واحراق الحصائد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف
التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي هذا اذا كانت الرياح هادية حين اوقد
النار ثم تغيرت لانه لا صنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة
ينبغي ان يضمن لانه موقد النار في اليوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في ارضه
ولكن الريح يذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القاها في ارضهم ٥ خياط او صباغ
اقعد في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز استحسانا لان هذا شركة التقبل
وليست باجارة وهذا لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان
كان احدهما يتولى القبول من الناس لوجاهته والاخر يتولى العمل لحذاقته واذا
وجدنا سبيلا الى الحكم بجوازه وجب القول بصحته وان كان القياس ياباه لانه
استاجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين
الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي لان المحمل
متفاوت مجهول فيفضي الى المنازعة ولنا ان الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد

وكذا الحمل يرى الوطا والدثار وان شاهد الجمال المحمل فهو احب لان المشاهدة انفى للجهالة
وان استاجر حملا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل
خلافا لبعض اصحاب الشافعي لانه استحق عليه حملا معينا في جميع الطريق فله ان يستوفيه
وكذا غير الزاد من المكيل والموزون وصار هذا كرد ما شرب من الراوية الى الراويه
فانه جائز بالاتفاق لتعامل الناس فان قيل مطلق العقد ينصرف الى المتعارف
والمعتاد انهم ياكلون ولا يردون بدله ويشربون الماء ويردون بدله قلنا
العرف مشترك برد الزاد غير معتاد عند البعض كرد الماء فلا يترك العمل بالاطلاق
بما فيه تردد ولو اجر المستاجر من موجره لا يصح بخلاف ما لو اجره من غيره فانه يجوز لان
الاجارة لتمليك المنفعة والمستاجر في حق المنفعة قايم مقام الموجر فان اجره باكثر مما
استاجره به ولم يرد في البيت شيئا لا يطيب له الزيادة لانه ربح ما لم يضمن وعند الشافعي
يطيب لانه ملكها وقبضها فدخلت في ضمانه ولو استاجر المشتري البايع لحفظ المبيع
قبل القبض فسد لان الحفظ واجب عليه بلا اجر وصح استيجاره لتعليم عمل نحو الخياطة
لان الاجارة وردت على عمل معلوم غير مستحق عليه والمرتهن والغاصب كالبايع
اي لو استاجر الراهن المرتهن او المالك الغاصب للحفظ لا يصح لان الحفظ مستحق
عليهما وان استاجرهما للتعليم عمل يجوز لما مر ولو وكل رجلا ليستاجر له دارا بعينها
فاستاجر وقبضها ومنعها من الامر ولا حق مضت المدة فالاجرة على الوكيل
لانه اصيل في الحقوق ورجع الوكيل بالاجر على الامر لانه في القبض نايب عن الموكل
في حق ملك المنفعة فصار قابضا له حكما والامر لو خاصمه فيها حكم له بها فان شرط
الوكيل تعجيل الاجرة وقبض الدار ومضت المدة ولم يطلبها الامر منه رجع الوكيل بالاجر
عليه لان الامر صار قابضا بقبضه ما لم يظهر المنع ولو طلبها فابى حتى يعجل لا يرجع
به على الامر لانه لما حبس الدار من الامر وله حق الحبس خرجت يد الوكيل من
ان يكون بيد نيابه فلم يصر الموكل قابضا حكما ولم يصر المنافع حادثة في يد الموكل حكما
فلم يجب الاجر على الموكل ٥ استاجر رجلان دابة للركوب من الري الى الكوفة
فلما بلغا الكوفة قال احدهما اكتريناها الى الكوفة ذاهبا وايبا وقال الاخر الى
ها هنا ذاهبا وايبا جعلها القاضي من موضع لا يتفقان على انها لغيرهما ويمنع كل واحد

الذهاب الى الموضع الذي يدعي لما فيه من ابطال يد الاخر وامرا بالنفقة عليها صيانة لحق المالك
وهذا اذا اقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه لانه يثبت كونهما امينين بالحجة وله
بيعها ودفع ما انفقا عليها لان الانفاق بامر القاضي كالانفاق باذن صاحبها
فان طلب كل واحد الكرى الذي دفع الى صاحب الدابة لم يدفع لان فيه قضاء على الغائب
ولكن يجعل الثمن في ايديهما موقوفا الى ان يرجعا لانهما امينان وللقاضي ان لا يسمع خصومتهما
ولا يامر بالبيع والنفقة لان فيه قضاء على الغايب بوجه وفيه حفظ مال الغايب بما
لا يرجع الى جانب شيء ولو قال المستاجر اكتريت الدابة من الكوفة الى بغداد بعشرة دراهم
وقال الموجر الى القصر بعشرة دراهم وبرهنا فعند زفر وهو قول ابي حنيفة اولا
يقضي بها الى بغداد بخمسة عشر درهما لان المدعي يدعي الى القصر بخمسة لانه منتصف
طريق الكوفة الى بغداد ورب الدابة يدعي القصر بعشرة فتقبل بينة رب الدابة في اثبات
زيادة الخمسة ثم ان رب الدابة انكر اجارة ما وراء القصر الى بغداد والمستاجر يثبت
ذلك من القصر الى بغداد بخمسة فتقبل بينته فيصير خمسة عشر وقال ابو حنيفة اخرا
وهو قولهما يقضي ببينة المستاجر الى بغداد بعشرة لانهما اتفقا على انه لم يجر بينهما
الا عقد واحد والاختلاف وقع في زيادة المسافة والمستاجر هو الذي يثبت الزيادة
يصح الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل يصح عندنا وعند الشافعي لا يصح
لان المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين ولنا ان مطلقها يقع مضافا لانه
يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فصارت هذه المسالة بناء على ما مهدنا من
الاصل في اول الكتاب وجملة ما يصح مضافا اربعة عشر ٥ الاجارة
وفسخها ٥ والمزارعة ٥ والمعاملة ٥ والمضاربة ٥ والوكالة ٥ والكفالة ٥
والايصاء ٥ والوصية ٥ والقضاء ٥ والامارة ٥ والطلاق ٥ والعتاق
والوقف ٥ وما لا يصح مضافا اثنا عشر ٥ البيع ٥ واجازة البيع ٥ وفسخه ٥
والقسمة ٥ والشركة ٥ والهبة ٥ والنكاح والوديعة والرجعة ٥
والصلح عن مال ٥ والابراء عن الدين ٥ والله اعلم بالصواب

هـ

كتاب المكاتب

الكتابة
التحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال ومدار التركيب على الجمع ومنه كتب الكتاب
لانه جمع الحروف وضم بعضها الى البعض وكتب الشفاخرزه والكتيبة الطايفة من الجيش

فسمي هذا العقد الذي جرى بين المولى وعبده كتابة لانه لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة
وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد اخص بنفسه ومنافع نفسه من سيده
حتى لا سبيل له عليه ولا على اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق في المحل فلو كاتب
مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال او مؤجل او منجم وقيل لو قال جعلت عليك كذا تؤديه
نجوما اول النجم كذا واخره كذا ان اديت فانت حر والا فقن صح ولا يجب خط شي
اعلم ان الكتابة جائزة لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باتفاق الفقهاء وقال داود ومن تابعه
اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه وقد علم المولى فيه خيرا يجب عليه ان يكاتبه
لان الامر يفيد الوجوب قلنا ان هذا امر ندب والندب معلق بهذا
الشرط وقال بعض مشايخنا الامر قد يكون لبيان الاباحة والجواز كقوله تعالى
واذا حللتم وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة لان المولى انما يكاتب عبده
اذا علم منه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة ثابتة بدون
هذا الشرط والمراد بالخير ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل
ان لا يكاتبه ولو فعله صح وقيل خيرا اي وفاء وامانة وصلاحا ولا فرق بين العبد
والامة والكبير والصغير اذا كان يعقل البيع والشرى لان قوله مما ملكت ايمانكم
يتناول الكل وقال الشافعي لا يصح كتابة الصغير لانه ليس باهل له ولنا انه اذا
كان عاقلا كان من اهل القبول واذا وجد الايجاب والقبول صار هو كالكبير
ولان التصرف نافع محض في حقه فصار كقبول الهبة فان كان عبدا صغيرا لا يعقل
لم يجز لان الكتابة لا تنعقد الا بايجاب وقبول لانها عقد معاوضة والذي لا
يعقل ليس من اهل القبول فان كان لا يعقل فكاتبه ثم اداها عنه رجل فقبلها
المولى لم يعتق لان اداء البدل انما يتصور مع عقد منعقد لا في عقد باطل ويرد المال
على صاحبه لانه اداه باعتبار سبب باطل ويجوز بشرط المال حالا او مؤجلا ومنجما
وقال الشافعي لا يجوز الكتابة الا مؤجلا منجما واقله نجمان لانه عقد تبدل لا
يقدر على ادائه لانه كان مملوكا لا يقدر على شيء وفي زمان يسير لا يستفيد القدرة
على الكسب على مال كثير والعجز الطاري يبطل الكتابة فلا بد من ابعادها
اولى بخلاف السلم الحال حيث جاز عندي لانه عقد جرى بين الحر والظاهر هو القدرة
علا

على ما التزم لكونه اهلا لذلك قبل العقد وقد قام دليل القدرة وهو الاقدام على العقد ولنا
ظاهر ما تلونا من غير قيد التاجيل والتنجيم فلا نزاد على النص بالراي ولان البدل في الكتابة
معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على الثمن بتسليم ليست بشرط
لصحة الشرى فان من اشترى شيئا بدرهم ليس عنده يجوز وكذا القدرة على تسليم بدل الكتابة
لا تشترط بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه والقدرة على تسليم المعقود عليه بشرط
فان من باع شيئا ليس عنده لا يجوز فشرطنا الاجل في السلم ليستفيد القدرة على التسليم بالتحصيل
في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر انه لا يضيق على عبده ولا يطالبه ما لم يعلم
قدرته عليه الا يجوز فشرطنا الاجل في انه لا يذكر الاجل ليكون متفضلا في تاخير المطالبة كما
كان في اصل العقد بخلاف السلم لانه مبني على المضايقة والمماكسة فالظاهر انه لا يؤخر عند
توجه المطالبة نحوه وفي الحال كما امتنع عن الاداء رد في الرق للعجز عن اداء البدل في زمان الوجوب
وانما شرط قبول المملوك لان المال يلزمه فشرط التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل
لقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان احد العوضين لم يدخل في ملك المالك
فلا يخرج العوض الآخر عن ملكه وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم فقال زيد بن ثابت مثل
قولنا وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا ادى
قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريما من غرمائه وقال ابن عباس يعتق بنفس
العقد ويكون المولى غريما من غرمائه وانما اخترنا قول زيد لما روينا وبقوله عليه السلام ايما
عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد ويعتق المكاتب باداء
المال سواء قال له المولى اذا اديت الي الفا فانت حر او لم يقله واقتصر على قوله كاتبتك
لان للعتق عند الاداء حكم العقد وحكم العقد يثبت بدون التصريح به كما في البيع
ولو قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديه الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا
اذا اديت فانت حر وان عجزت فانت رقيق صح استحسانا والقياس ان لا يصح
لان ذكر النجوم فصل في الكتابة عندنا فيجعل وجود ذكرها كعدمها فبقي قوله
قد جعلت عليك الف درهم وهو بظاهره ضريبة وقوله ان اديته فانت حر
وهو تعليق وجه الاستحسان ان العبرة في العقود للمعاني الا ترى ان المضاربة بشرط
الربح كله لرب المال بضاعة وبشرطه للمضارب اقراض وقد وجد معنى الكتابة

هنا لان معنى الكتابة سنة وعادة هذا وعند الاطلاق يصح فعند الشافعي ولو قال
اذا اديت الى الفا كل شهر فانت حر فهذه مكاتبة في رواية سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب
وذا بالكتابة وهذا لانه للتخفيف وذا انما يكون عند الوجوب وفي رواية ابي حفص لا يكون
مكاتبة بل يكون اذنا كما لو علق بالاداء مرة ولا يجب حط شيء من البدل وعند الشافعي
يجب حط ربع البدل لقوله تعالى واتوهم من مال الله الذي اتيكم وعن علي رضي الله عنه موقوفا
عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قرا هذه الاية وقال هو ربع الكتابة
ولنا انها عقد معاوضة ولا يجب الحط في سائر المعاوضات فكذا فيها وهذا لان
الكتابة سبب لوجوب مال الكتابة على العبد فلا يكون سببا بعينه ولا ستحقاق
الحط الذي هو ضد الوجوب كالبيع والامر للندب كالامر بالكتابة وعن الكلبي المراد
ما لانا دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة وهو الظاهر لان الايتاء يدل
على التمليك وذا في الصدقة عليهم لان الحط لا يكون تمليكا واذا صحت الكتابة
خرج المكاتب من يد المولى لان موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب ولهذا لا
يمنعه المولى من الخروج للسفر ولو شرط عليه ان لا يخرج كان الشرط باطلا لان ذلك
ثبت له لضرورة هذه المالكية ومقصود المولى من ايجاب هذه المالكية ان يمكن من اداء
البدل بالتكسب وربما لا يتمكن من الاداء الا بالخروج من بلده الى بلد ولم يخرج من ملكه
لما روينا ولانها عقد معاوضة فيقتضي المساواة بين العاقدين واصل البدل يجب للمولى
في ذمته بنفس العقد ولكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته في ذمته
مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة به فيثبت للعبد
بمقابلته مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم الملك للمولى بالقبض تم المالكية للعبد ايضا وتمام
المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة اتمام المالكية فان اعتقه نفذ عتقه لبقائه
على ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لانه لم يلتزمه مجانا وانما التزمه مقابلا بالعتق
وقد حصل بدونه وان وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانه لا يمكن ايجاب الحد لبقاء
الملك رقبة فيجب العقر ويكون العقر لها لانها صارت احق بكسبها واجزائها للتوسل
الى المقصود بالعقد وهو الحرية باداء البدل ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان ولهذا لو
استحقت الامة غرم المشتري العقر وقيمة الولد دون المنفعة ولو كان في حكم المنفعة

لما غرم ولو جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية وان اتلف مالها غرم لانها لما صارت اخص
بنفسها واجزائها واكسابها صار المولى كالاجنبي في حقها فيغرم كالاجنبي

فصل في الكتابة الفاسدة

الاصل ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الكتابة
لانها مبادلة مال بما ليس بمال اذ العبد في الحال مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فصارت
كالنكاح وان كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته او على شيء عين لغيره
او على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة اما الخمر
والخنزير فلانه لا مالية لهما في حقنا فلا يصلحان بدلا كما لا يصلحان مهرا فيفسد العقد
لان تسميته ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج الى تسمية البدل يوجب فساد العقد كالبيع
وانما لا يفسد النكاح لان تسمية ما لا يصلح مهرا جعل كعدمه وعدم التسمية لا يفسد
النكاح واما القيمة فلانها مجهولة جنسا لانها تارة يكون من الدراهم وطورا
يكون من الدنانير وقدرا لانه يختلف مقدارها باختلاف المقومين ووصفا
فصارت الجهالة فاحشة وصار كما لو كاتبه على ثوب او دابة فانه لا يجوز لان الثوب و
الدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة كما في النكاح ولان
موجب الكتابة الفاسدة القيمة فلو ذكرها نصا كان تنصيصا على موجب العقد الفاسد
فكان تنصيصا على الفساد فان قيل لو كاتبه على عبد وسط او عبد مطلق يجوز
وان كانت القيمة تجب بهذه التسمية حتى لو اتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا
القيمة فيما نحن بصدده تجب قصدا لا حكما لمكان التصريح بالقيمة وثمة حكما لا قصدا
لانه صرح بالعبد وقد يثبت الشيء حكما وضمنا لغيره وان كان لا يثبت قصدا كالبيع
الاجنة ونحوها واما الثالث فانه لا قدرة له على تسليمه والمراد به شيء يتعين
بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون حتى لو كاتبه على هذه
الالف الدرهم وهي لغيره جازت الكتابة لان النقود لا تتعين في عقود المعاوضات
فانما ينعقد العقد بالف هو دين في ذمته فيجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجوز حتى لو ملك ذلك العين واداه الى المولى عتق وان عجز عن ادائه رده
المولى في الرق لان المسمى مال متقوم وقدرته على التسليم مما يحدث له من
الملك فيه موهومة فصحت التسمية كما في الصداق فانه اذا سمى عبد غيره يصح

التسمية وجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود
عليه شرط لصحة العقد في العقود التي تحتمل الفسخ وملك العين ليس بمقدور للعبد فلا يصح
تسميته بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به فلا تشترط القدرة عليه
ولهذا اجوزنا المكاتبة الحالة وبخلاف النكاح فان شرط صحة التسمية ثم ان يكون
المسمى مالا متقوما لا ان يكون مقدور التسليم اذ القدرة على تسليم ما هو المقصود بالنكاح
وهو البضع ليست بشرط لصحة العقد حتى لو تزوج بعد سنة يجوز وان كانت القدرة
معدومة ففيما ليس بمقصود اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد انه يجوز
لانه اذا اشترى شيئا بمال لغيره فاجازه الغير يجوز مع انه مبني على المضايقة فالكتابة
وهي مبنية على المسامحة اولى وعن ابي حنيفة انه لا يجوز لانه لا يفيد ملك المكاسب
وهو المقصود بالعقد لان ثبوته مقرون بحاجته الى اداء البدل منها واذا كان
البدل عينا لا يحتاج اليه فلا يفيد مقصوده وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك
او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في
النكاح وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ان ملك ذلك العين فادى لم يعتق
الا ان يكون المولى قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق
وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان قول زفر كذلك وهو رواية الحسن بن ابي مالك
عن ابي يوسف وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه يعتق بالاداء قال له المولى
ذلك او لم يقل لان العقد منعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد
الاداء فيعتق كما لو كاتبه على خمر فادى فانه يعتق وجه قول ابي حنيفة ان ملك
الغير لم يصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه غير مقدور التسليم له فلم ينعقد العقد
اصلا فانما يكون العتق باعتبار التعليق بالشرط فاذا لم يصرح بالتعليق لا يعتق
كما لو كاتبه على ثوب او ميتة وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بان
كان مأذونا له في التجارة ففيه روايتان في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل
معلوم مقدور التسليم وفي رواية لا يجوز لانه كاتبه على مال نفسه اذ الكلام في عين
اكتسبه من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد من كسبه يجوز باتفاق الروايات
واما الرابع فالجواب المذكور فيه قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة

ويقسم المالية على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان
العبد المطلق يصلح ان يكون بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح ان يكون مستثنى
من بدل الكتابة وهكذا في بدل كل عقد وهذا لان المستثنى منه انما يصير مجهولا بقدر
جهالة المستثنى وهنا جهالة المستثنى جهالة وصف وكذا جهالة المسمى منه
وهذه الجهالة لا تمنع صحة الكتابة كما لو كاتب على وصيف ولهما ان بدل الكتابة مجهول القدر
فلا يصح كما لو كاتب على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما
يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها قدرا فكذا لا تصلح ان تكون
مستثنى من بدل الكتابة والحاصل ان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من
الدنانير بازاء العبد الذي يرده المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب فهو كتابة
والبيع قد بطل لجهالة الثمن والمعقود عليه فلو جازت الكتابة جازت بما يخص الرقبة
المالية والكتابة بالحصة كتابة بالقيمة فلذلك فسدت فان ادى الخمر في المسألة
الاولى يعتق لان العقد منعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لا يعتق الا باداء
قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فانما يعتق المكاتب لان باداء البدل
لا باداء غير البدل كذا ذكر في المبسوط والذخيرة وغيرهما وذكر في الهداية الا باداء قيمة
الخمر وهو مشكل وعند ابي يوسف انه اذا ادى المشروط او قيمة نفسه يعتق لان البدل
صورة هو المشروط والعتق معلق بادائه ومن حيث المعنى البدل هو القيمة فايهما ادى يعتق
وعن ابي حنيفة ومحمد انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لان
العتق يكون بالشرط حينئذ وصار كما لو كاتب على ميتة او دم فانه لا يعتق
الا اذا نص على الشرط وفي ظاهر الرواية انه يعتق باداء الخمر صرح بذكر الشرط او لم
يصرح والفرق على ظاهر الرواية بين الخمر والخنزير وبين الميتة ان الميتة ليست
بمال اصلا فلم ينعقد العقد المضاف اليها فاعتبر معنى الشرط وذا بالتنصيص
عليه اما الخمر والخنزير فمال وان لم يكن متقوما فانعقد العقد للمالية وموجبه العتق
عند اداء العوض المشروط واذا اعتق باداء الخمر سعى في قيمته لان العقد لما
فسد لزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته
كالمشتري شراء فاسدا اذا اعتق المبيع بعد القبض ولا ينقص عن المسمى ويزاد

عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وزيادة لان للكاتب رضي لئلا يبطل حقه في العتق اصلا والمولى
ما رضي بالنقصان عنه وفيما اذا كاتبه على قيمته اذا ادى القيمة يعتق لانها البدل واثر
الجهالة في الفساد وامكنت اداء القيمة بتصادقهما وباداء اقصى ما يقع به تقويم المقومين
وهذا بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب فانه لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف على اداء المشروط
حقيقة فاسم الثوب كما يتناول ما ادى يتناول غيره فان قيل المسمى ثوب والذي
ادى ثوب حقيقة فينبغي ان يعتق كما لو كاتبه على خمر فادى قلت نعم المسمى ثوب
ولكن الثياب متفاوتة تفاوتا فاحشا فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمى ولانه انما
يعتق بتسليم ما يصلح بدلا والقيمة تصلح بدلا ولهذا تكون بدلا في العقد الفاسد
اما الثوب فلا يصلح بدلا بحال وان كاتبه على حيوان غير موصوف بان بين جنسه لا نوعه
وصفته كالعبد والوصيف فالكتابة جائزة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة
كما في النكاح وقال الشافعي لا يجوز لانه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بان كاتبه على دابة او
دار او ثوب وصار كالبيع والجامع انها لا تصح الا بتسمية البدل فكانت معاوضة كالبيع
ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الكتابة على الوصفاء ولانه مبني على
المسامحة والمساهلة فلا تفسد بالجهالة اليسيرة في البدل كالجهالة في الاجل فانه
لو كاتبه على الف درهم الى العطاء او الى الحصاد او الى الدياس ونحو ذلك يجوز استحسانا
بخلاف البيع لانه مبني على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه
وهذه في الابتداء معاوضة مال بغير مال لان البدل في الابتداء مقابل بفك
الحجر وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كانت معاوضة مال بمال لانه في الانتهاء يقابل الرقبة
ولكن على وجه يسقط الملك فيه لان العبد لا يملك مالية نفسه فيشابه النكاح
وقد حققنا المسئلة في النكاح والخلاف فيهما واحد وبخلاف ما لو كاتبه على دابة
ونحوها لان الجهالة متفاحشة والحاصل ان جهالة البدل اذا كانت جهالة
جنس منعت صحة التسمية في العقود كلها سواء كان معاوضة مال بمال كالبيع
والاجارة وامثالهما او معاوضة مال بما ليس بمال كالخلع والكتابة واشباههما
وجهالة البدل متى كانت جهالة وصف منعت صحة التسمية في معاوضة مال
بمال لا في معاوضة مال بما ليس بمال وان كاتب ذمي عبدا ذميا على قدر معلوم

من الخمر فهو جائز لان الخمر مال متقوم في حقهم كالعصير والخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر
لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتمليكها وفي التسليم عن الخمر تمليكها او تملكها ان كان المسلم
لان العقد ورد على العين والعين غير مقبوض فلو بقي لاشترط التمليك والتملك والعجز
متى وقع عن تسليم بدل الكتابة يجب تسليم قيمته لتقوم القيمة مقامه وهذا بخلاف ما
لو اشترى الذمي من ذمي عبدا بخمر ثم اسلم احدهما قبل القبض فانه يفسد البيع عند
البعض والفرق ان العقد انما يقع على ما يصلح بدلا في الجملة والقيمة تصلح بدلا
في الكتابة في الجملة فانه اذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة
الوصيف في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمته يجبر على القبول فمتى جاز ان ينعقد الكتابة
على قيمة الشيء ابتداء فجاز ان يبقى على القيمة اما البيع فلا ينعقد صحيحا على
القيمة اصلا فلا يمكن ابقاؤه عليها واذا قبضها اي قيمة الخمر عتق لان الكتابة عقد
معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض الآخر للآخر وذا بالعتق
واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء البدل المذكور وصار
كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فادى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكر
بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والمرغيناني لو ادى الخمر
يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انقلبت الى القيمة ولم يبق الخمر بدل هذا
العقد اذ العقد انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام
ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق
بدلا فلا يعتق باداءه ولو العقد وقع فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا لذلك
بقي الخمر بدلا واذا بقي بدلا يعتق باداءها والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

ويجوز للمكاتب البيع والشرى والسفر لان مقصود السيد من العقد الوصول الى
بدل الكتابة ومقصود العبد منه الحرية وذا انما يحصل بالبيع والشرى وربما لا يتفق
في الحضر فيحتاج الى السفر ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار فقد يفعله
التاجر اظهارا للمسامحة استجلابا لقلوب الناس اليه وربما يحابي في صفقة ليربح
في اخرى فان شرط عليه سيده ان لا يخرج من المصر فله ان يخرج والكتابة جائزة

والشرط باطل اما بطلان الشرط فلانه خلاف موجب العقد المقصود به وهذا لان موجبه
مالكية اليد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه وذا يثبت له حق الاستبداد بالخروج الى
حيث شاء والمقصود بالعقد تمكنه من ابتغاء المال وذا بالضرب في الارض قال الله
تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وكل شرط يمنعه من ذلك
فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فكان باطلا واما صحة العقد فلان هذا
الشرط لا يتمكن في صلب العقد والشرط الفاسد في الكتابة لا يفسد العقد اذا لم يكن
متمكنا في صلبه وانما يفسده اذا تمكن في صلبه وهذا لان الكتابة تشبه البيع من
حيث انها تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد تمام
المقصود بالاداء فتوفر حظها عليهما فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن
في صلبها ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق لانها اسقاط وفك الحجر
واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يخص جانب العبد فاعتبرناها في
حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشرط الفاسد كما لو اعتق عبدا على انه سائبة
فان الشرط باطل والاعتاق صحيح ولا يتزوج الا باذن المولى لان انفكاك
الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزوج ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر
والنفقة وحكم المالكية انما ثبت به ليتمكن من اداء بدل الكتابة وكل عقد لا يوصله
اليه لا يثبت له حكم المالكية فيه بل يكون كالقن فيه ويجوز باذن المولى لان الملك
له وقد رضي بالنكاح وله ان يزوج امته ويوكله به لانه من باب الاكتساب للمال
لانه يملك المهر ويسقط نفقتها عن نفسه وهو منفك الحجر في عقود الاكتساب
وله ان يكاتب عبده وقال زفر والشافعي لا يجوز وهو القياس لانه يؤول الى العتق
والمكاتب ليس باهل للاعتاق فصارت كالاعتاق على مال ولنا انها عقد
اكتساب المال فملكه كالبيع وربما تكون الكتابة انفع له من البيع اذ البيع
يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك عن المملوك الا بعد وصول البدل
اليه ولهذا يملكه الاب والوصي ولانه يوجب لمملوكه مثل ما هو ثابت له وذا صحيح
كالحر يعتق مملوكه بخلاف الاعتاق بمال لانه يوجب له فوق ما له لانه يعتق
حقيقة بنفس القبول فان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان الولا لمن

اعتق والمعتق الثاني بعد تمام الملك للاول في رقبته وهو من اهل الولاء لحريته فيثبت له وان
ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه لسيده لانه تعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم اهليته
الاعتاق لانه رقيق بعد فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى
شيئا يملكه مولاه لان الشرى موجب للملك فاذا لم يكن المشتري اهلا للملك خلفه في الملك
اقرب الناس اليه وهو مولاه وهذا لان فيه نوع ملك ولعقد صرف انضاف الى تصرفه لانه
استفاده بتحمل كتابته فكان معتقا له بسبب الولاء ضرورة فلو ادى الاول بعده وعتق
لا يتحول الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق كما لا يتحول الملك في كسب
المأذون اليه بعد عتقه ولا يهب ولو بعوض ولا يتصدق الا بالشيء اليسير ولا يوكل بهما لان
كل واحد منهما تبرع وليس باكتساب للمال والهبة بعوض تبرع ابتداء الا ان اليسير من ضرورات
التجارة لانه لا يجد بدا من اتخاذ دعوة للمجاهزين والاهداء اليهم واعارة مسكن او غيره
استجلابا لقلوبهم ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل بالنفس
او بالمال ولا يقرض لانه تبرع وليس من ضرورات التجارة والاكتساب والمكاتب
ليس باهل التبرع لان صحته تعتمد حقيقة الملك والكفالة بغير امره تبرع مطلقا وبامره ابتداء
ولا يجوز ان يعتق عبده على مال او يبيع نفسه منه لانه اسقاط الملك عن العبد
بمقابلة دين في ذمة المفلس وهذا ليس باكتساب للمال وبيع نفسه منه اعتاق بمال
في الحقيقة ولا يزوج عبده ولا يوكله لانه تعيب للعبد وتنقيص لماليته لكونه
شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة لا اكتساب للمال بخلاف تزويج الامة
لانه اكتساب للمهر والنفقة فلو عتق واجاز لا يجوز لان الاجازة لاقت عقدا
باطلا اذ تزويج المكاتب عبده باطل غير موقوف لانه لا مجيز له وكذا لو
زوجه الوكيل بعد عتقه توقف على اجازته لان توكيله به وقع باطلا ولو قال
بعد العتق اجزت تلك الوكالة يكون هذا توكيلا ابتداء لان التوكيل ينعقد
بلفظ الاجازة كما لو قال لغيره اجزت لك ان تطلق امرأتي او رضيت يكون توكيلا
بخلاف التزويج لانه لا ينعقد بلفظ الاجازة ابتداء والاب والوصي مثل
المكاتب في رقيق الصغير لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان
كتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه بمال ويملكان تزويج امته

ولا يملك مأذون ومضارب وشريك شركة المفاوضة او العنان شيئا من ذلك عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لهم تزويج الامة اعتبارا بالمكاتب فان له ان يزوج امته ولهؤلا
وبالاجارة فان لهم ولانه كالاجارة ولذا اولانه يزوج الامة اذ كل واحد منهما تمليك
المنفعة ببدل ولهما ان لهم التجارة وهذا ليس بتجارة لانه ليس بمبادلة المال بالمال
اذ البضع ليس بمال حقيقة فصار شبيها بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة وكذا هذا
اما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال
ولهذا لا يثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنافع وكتابة جائزة ولا يملك هؤلاء
كلهم تزويج العبد ٥ **فصل** ولو اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته
لان المكاتب اهل للكتابة كالحر اهل للتحرير ثم اذا اشتراهما يعتقان عليه فكذا
المكاتب اذا اشتراهما يكاتبان عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان وان اشترى
اخاه او ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة وعندهما
يدخل كما في الولاد اذ وجوب الصلة يشمل الكل وكما في حق الحر وله
ان للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لا يفسد
نكاح امراته لو اشتراها والقدرة على الكسب توجب الصلة في الولاد حتى
يجب نفقة الوالد والولد على القادر على الكسب وان لم يكن موسرا ولا توجب
الصلة في غير الولاد حتى لا يجب على الاخ نفقة الاخ وان كان قادرا على الكسب ما لم يكن
موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص بموضع وجوب الصلة ولان هذه
قرابة تشبه بني الاعمام في حق الزكوة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان القصاص
وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا فالحقناها
بالولاد في العتق وببني الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه
اولى من العمل على عكسه لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة فان احد الشريكين اذا اعتق
نصيبه لم يملك الاخر ابطاله ولو كاتبه فللاخر ابطاله ولو اشترى ام ولده مع ولده
منها دخل ولدها في الكتابة تحقيقا للصلة ولم يجز بيعها اجماعا لانها تابعة للولد في
هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها ولم تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه
نص عليه في المبسوط ولو ملكها وله منها ولد بدونه صح بيعها عند ابي حنيفة وقالا ليس له

ان يبيعها لانها ام ولده فصار كالحر اذا اشترى ام ولده بدونه وله ان القياس يقتضي ١١٧
جواز بيعها وان كان معها ولدها لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي
فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد الا انه
يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولدها تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وما يثبت
تبعا يثبت بشروط المتبوع ولو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس ينفيه
ولو ولد له ولد من امة له دخل في كتابته تبعا له فكان حكمه كحكمه وكسب هذا الولد له
لانه كسب كسبه وكان كذلك قبل الدعوة ولا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا
لو ولدت المكاتبة ولدا يدخل في كتابتها لان الصفات الحكمية الثابتة في الامهات
تسري الى الاولاد كالتدبير والاستيلاد وان زوج امته من عبده فكاتبهما فولدت
منه دخل في كتابتها وكسبه لها لرجحان تبعية الام لتيقننا بانه جزؤها بخلاف جانبه
ولهذا يتبعها في الرق والحرية وكذا في الكتابة فلو قتل الولد تكون قيمته
للام دون الاب ٥ مكاتب او مأذون تزوج باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة
فولدت منه فاستحقت فولدها عبد ولا يأخذهم بالقيمة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ولدها حر بالقيمة ويؤديها اليه اذا اعتق لان العبد شارك
الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فيشاركه في الحكم وهذا لانه ما
ابتغاكم بحرية ولد الحر لانه بنكاح الحرة رغب في حرية الاولاد فحكم بحريتهم نظرا له ودفعا
للغرور عنه والعبد مساواه في هذا المعنى فيساويه في موجبه ولهما انه ولد
بين رقيقين فيكون رقيقا كما لو كان عالما بحالها والقياس في الحر كذلك اذ الولد
يتبع الام في الرق والحرية الا انا تركنا القياس ثمة باجماع الصحابة وهذا ليس في
معناه لان الحكمة بحرية الولد مع مراعاة حق المستحق بايجاب القيمة في الحال وههنا
لو وجبت القيمة لتأخرت الى ما بعد العتق لانه ضمان قولي لا يقابله مال فصار نظير
ضمان الكفالة فينقلب ضررا محضا من جانب المستحق فبطل الالحاق ولو وطئ
المكاتب او المأذون له امة على وجه الملك بغير اذن المولى بان اشترى امة
فوطئها فاستحقت فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وكذا لو اشترى
المكاتب او المأذون امة شراء فاسدا فوطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة

ولو وطئها بالنكاح بغير اذن المولى لم يؤخذ بالمهر حتى يعتق والفرق ان الدين ظهر في حق المولى
في الفصل الاول لان توابع التجارة داخلة تحت الكتابة وان كانت تبرعا حقيقة كالضيافة
اليسيرة وهذا العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشرى لوجب
الحد فصار ملحقا بدين التجارة وان كان متقوما بلا بغير مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب
العقر هنا باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فتاخر الى عتقه كدين الكفالة
فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى فان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت
عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل
فيختار ايتهما شاءت ونسب ولدها ثابت من المولى بالدعوة لانها مملوكة للمولى من وجه
وهو حر لان المولى مالك للاعتاق في ولدها ه واذا مضت على الكتابة اخذت
العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها واكتسابها فان مات المولى عتقت بالاستيلاد
وسقط عنها بدل الكتابة لانها انما التزمت المال ليسلم لها رقبتها بجهة الكتابة
ولم تسلم بهذه الجهة فلا تجب البدل وان ماتت وتركت مالا تؤدي مكاتبتها منه
وما بقي ميراث لولدها اعتبارا لموجب الكتابة ح اذا ولدت ولدا اخر نفاه
فان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وانما السعاية على ولد هو تبع لها
في الكتابة ح اذا ولدت ولدا اخر نفاه المولى او لم يدعيه فان نسبه لا
يثبت منه لانها مكاتبة لا تحل للمولى وطؤها فلا يثبت النسب منه بالدعوة واذا ماتت
سعى هذا الولد فيما بقي عليها لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق
الولد وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد تبعا لامه فيعتق بموت المولى ه
واذا كاتب ام ولده صح لانها مملوكة له وعقد الكتابة يرد على المملوك ليتوصل به الى ملك
اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المآل وام الولد في هذا نظيرها لانها مملوكة
يدا وكسبها للمولى فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل فان مات المولى
عتقت مجانا وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب امومية الولد لما
حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافي بينهما ومن حكم الاستيلاد عتقها
بعد موته مجانا فان قيل فلماذا لم يسلم لها الاكساب والاولاد قلنا لانها عتقت
وهي مكاتبة فسلم لها الاولاد والاكتساب وهذا لان الكتابة تنفسخ

في حق البدل ويبقى في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق
سقوط البدل لا في حق الاكساب والاولاد ه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى
عتقت بالكتابة لبقائها وان كانت مدبرة جاز لانه يحتاج الى استفادة الحرية قبل
موت السيد وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقاها جهتا عتق عاجل ببدل واجل
بلا بدل وان مات المولى ولا مال له غيرها سعت في ثلثي قيمتها او كل بدل الكتابة عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف تسعى في الاقل منهما وعند محمد تسعى في الاقل من ثلثي
قيمته وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار وفي المقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة
في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الكلام في الخيار بين ابي حنيفة وصاحبيه
فبناء على تجزي الاعتاق عنده وعدم التجزي عندهما فعنده لما تجزى بقي ما وراء
الثلث عبدا او بقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فيصير لعتقه
جهتان جهة كتابة مؤجلة وجهة سعاية معجلة فيخير لتفاوت بين الامرين وعندهما
لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل
الاجل لانه من خصايص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير مؤجل لان عتق بعض المكاتب
انما حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق بعض المكاتب بطريق
الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو اعتق المكاتب في مرض موته
ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما ولا يسقط عنه كل بدل الكتابة
وانما يسقط الثلث واذا بقي عليه بدل الكتابة حالا ووجب عليه ثلثا القيمة
بالتدبير حالا لم يكن التخيير مفيدا فيلزمه اقل المالين بلا اختيار كما لو اعتق عبده
على الف او الفين فانه يلزمه الاول بلا اختيار عندهم كذا هنا واما الكلام
في المقدار فقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يبطل شيء من بدل الكتابة وقال محمد
يبطل ثلث بدل الكتابة لان الكتابة صادفت كله لانه قال كاتبتك
فيكون بدل الكتابة مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه
من البدل الا ترى انه لو اعتق كله بالتدبير بان كان يخرج من الثلث بطل كل
البدل وكذا اذا اعتق ثلثه به فيسقط ثلثه عنه اعتبارا للبعض بالكل ولهذا

لو ادى كل البدل فى حيوته يعتق كله ولو كان يسعه سعيا بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله
بالاداء وصار كما لو عدمت الكتابة ولهما ان المال يقابل بما يسلم له به ولهذا لا يصح فانصرف
كله الى ما يصح كرجل طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلاثا بالف لزم الالف مقابلا بالباقى وهو
الواحدة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يسلم للمكاتب والبدل مقابل به دلالة
لا بما له ما هو ثابت والتدبير يوجب استحقاق رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة
لكون البدل مقابلا به فكان البدل مقابلا بما وراءه واذا ثبت ان بدل الكتابة مقابل
بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شى منه للعبد بموت المولى فلا يسقط شى منه من بدل الكتابة
وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل لم يقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شى من رقبته
عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة
اما هاهنا فالكتابة وقعت بعد التدبير فتناولت ما لم يتناوله التدبير وماليه الثلث
قد سقطت حتى لو اتلفه انسان لا يضمن الا قيمة الثلثين فكان البدل بازاء
الثلثين ضرورة وليس كما اذا ادى فى حيوته لان استحقاق السعاية قد بطل وبطل التقدير
الذى قلنا وان دبر مكاتبه صح التدبير لانه ملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط
الموت ايضا وله الخيار فان عجز نفسه بقى مدبرا لان الكتابة ليست بلازمة
فى جانب العبد وان مضى على الكتابة ومات المولى ولا مال له غيره سعى فى ثلثى قيمته
او ثلثى البدل عند ابى حنيفة لان الثلث مستحق بالتدبير السابق فسقط به ثلث بدل
الكتابة وقالا يسعى فى الاقل منهما والخلاف هنا فى الخيار بناء على ما ذكرنا واما
المقدار فمتفق عليه وقد بينا الوجه فيه واذا اعتق المولى مكاتبه صح وسقط عنه بدل
الكتابة لانه ما التزمه الا لتحصيل العتق به وقد حصل العتق بدونه والكتابة وان كانت
لازمة فى جانب المولى ولكنها تفسخ بالتراضى وقد وجد الرضى من المولى بالاقدام
على الاعتاق وكذا من العبد لحصول العتق له مع سلامة الاكتساب لان الحكم
بانفساخ الكتابة فى حق سقوط البدل للنظر والنظر فى ابقائها فى حق سلامة
الاكتساب ٥ مكاتبة ولدت بنتا ثم ولدت البنت بنتا ثم اعتق المولى الوسطى
يعتق السفلى عند ابى حنيفة وعندهما لا تعتق لانها تبع للعليا لا للوسطى لانه لا تبع للتبع

وله ان الخيار لهما فيعتق بكل واحد منهما وان كاتب عبده على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة
صح والقياس ان لا يصح لانه اعتياض عن الاجل بخمسمائة من بدل الكتابة والاجل ليس بمال وخمسمائة
مال والاعتياض عن غير المال ربوا ولهذا لو كان له دين مؤجل على الحر وعلى مكاتب الغير
فصالحه على نصفه معجلا لم يجز وجه الاستحسان ان الفساد فى الحر لمكان الربوا اذ الاجل
ليس بمال لمعصوم فلم يجز مقابلة الحط به وقد وجدنا سبيلا الى الاحتراز عن الربوا وهو ان يجعل
ذلك فسخا للكتابة السابقة وتجديدا للعقد على خمسمائة حالة لان بدل الكتابة فى معنى
المعقود عليه الا ترى ان العجز عن ادائه يوجب حق الفسخ فصح الفسخ باعتبار الاضافة
اليه بخلاف دين البيع لان الاجل فى حق المكاتب له شبه بالاموال لانه لا يقدر على
اداء بدل الكتابة الا بالاجل فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة له شبه بالحقوق اذ
ليست بمال بدلالة انه لا يصلح نصابا للزكوة ولا يوصف باللزوم حقيقة ولا يصح
الكفالة به فكان كل واحد منهما مالا من وجه دون وجه فاعتدلا فلا يتحقق الربوا
فاما الدين الذى على الحر يصلح نصابا للزكوة ويوصف باللزوم حقيقة ويصح
الكفالة به والاجل فى حقه ليس بمال لانه قادر بدونه فيبطل الاعتياض ولان
الاعتياض عن الاجل ربوا من وجه وعقده مع مكاتبه عقد من وجه دون وجه
لما مر ان المكاتب فى هذا العقد ولانه من وجه لانه يتعلق العتق باداء البدل
فكان شبهة الشبهة وهى غير معتبرة وعقده مع الحر ومكاتب الغير عقد من كل وجه
فكان ربوا الاجل شبهة فيعتبر واذا كاتب المريض عبده على الفى درهم الى سنة وقيمته الف
درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة فانه يؤدى ثلثى الالفين حالا والباقى
الى اجله او يرد رقيقا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد يؤدى ثلثى الالف
اى القيمة حالا والباقى الى اجله لان ما زاد على القيمة يملك المريض تركه بان يكاتبه على
قيمته فيملك تاجيله بالطريق الاولى لان التاخير اهون من الابطال وصار كما
لو خالع امراته فى مرض موته على الف الى سنة فانه يعتبر من كل المال لانه لو ترك صح
بان طلقها بلا بدل فصح تاجيله ولهما ان بدل الكتابة قوبل بالمتقوم فيصير
بدلا عنه ولهذا لو كان عتقه معلقا باداء البدل لحق الورثة كان متعلقا بجميع
البدل فيصير متعلقا بجميع البدل وقد تبرع بتاجيله فلا يصح فى قدر الثلثين منه

بخلاف بدل الخلع لانه لا يقابل المال بوجه من الوجوه ولم يكن حق الورثة متعلقا بالمبدل
وهو البضع فلا يصير متعلقا بالبدل واصله ان المريض اذا باع داره وقيمتها الف بثلاثة
الاف الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اما ان تعجل
ثلثي جميع الثمن والثلث عليك الى اجله والا فانقض البيع وعنده يقال له اما ان تعجل
ثلثي القيمة والباقي عليك الى اجله والا فانقض البيع وحاصله ان المحاباة بالاصل تعتبر
في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لان التاجيل تبرع من المريض من حيث ان الوارث
يصير ممنوعا عن المال بسبب التاجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من
ثلث المال وجميع الثمن هاهنا بدل الرقبة بدليل انه تجري عليه احكام الابدال حتى يبيع
مرابحة على جميع الثمن وياخذ الشفيع بكل الثمن وعنده الاجل فيما زاد على القيمة يصح
من راس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث ولو كان على العكس بان كاتبه على الف
الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة فيقال له اد ثلثي قيمتك حالا وانت حر والا رددت
في الرق عندهم لان المحاباة في القدر والاجل فوجب اعتبار الكل من ثلث ماله

باب من يكاتب عن العبد

حر كاتب عن عبد على الف وادى الحر عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة
المسالة ان يقول حر لمولى العبد كاتب عبدك فلانا على الف درهم على اني اذا اديت
اليك من غير قبول العبد واجازته واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا لان الكتابة
كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر
فادى لا يعتق قياسا لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفي
الاستحسان يعتق لان الكتابة نافذة فيما ينفع العبد وهو ان يعتق عند اداء المشروط
موقوفة فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان
وقيل هذه صورة مسالة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع
وقيل يرجع على المولى ويسترد منه ما ادى ان اداه بضمان يسترد لان ضمانه كان
باطلا لانه ضمن غير الواجب الا ترى انه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فادى يرجع
بما ادى فهاهنا اولى وان اداه بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع به ليحصل العتق فتم اداؤه
فلا يرجع ولو كاتب حر عن ابنه الصغير لا يصح لان الاب الحر لا ولاية له على

ابنه العبد فلم ينفذ العقد الا ان يجعل فضوليا فلانه توقف عليه لانه نافع محض والفضولي ينتظر وان كاتب
العبد الحاضر والعبد الغائب وقبل الحاضر صح العقد عليهما استحسانا ومعنى المسالة ان يقول
العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب والقياس ان تصح الكتابة على الحاضر بحصته
من البدل ويتوقف في حق الغائب على اجازته لان الحاضر له ولاية على نفسه دون الغائب
فوجب ان ينفذ في موضع الولاية ويتوقف في غير موضع الولاية كمن باع ماله ومال
غيره بغير امره وكما اذا كاتبه وعبدا غيره وجه الاستحسان ان هذا العقد في حق الغائب عقد
يتفرد به المولى فوجب ان يصح بلا توقف كما لو كاتب الحاضر بالف قال له اذا اديته فغلامي
حر فانه يصح من غير قبول الغائب وهذا لان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له
والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى
يعتقوا باداها وليس عليهم من البدل شيء فلما امكن ان يجعل تبعا استغنى عن شرط الرضى ويتفرد
به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لان المال كله عليه وايهما ادى عتقا ويجبر المولى
على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه وهو اصيل فيه واما الغائب فلانه ينال به
شرف الحرية فيجبر المولى على القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا ادى الدين
الى المرتهن يجبر المرتهن على القبول منه لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه
وايهما ادى لا يرجع على صاحبه يعني اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه وكذلك المكاتبة
اذا ولدت ولدا في الكتابة فانه اذا ادى لم يرجع على ولده بشيء لما قلنا واما
الغائب فلانه ادى بغير امره وليس بمضطر من جهة بل طالب نفعا بخلاف معير الرهن
لانه مضطر فيه لانه يفوت ملكه الثابت وان وهب المولى الكتابة للحاضر عتقا لان الكل
عليه فيبرأ لذلك منه لانه اداه وان وهبها للغائب لم يعتقا لانه لا شيء عليه فلا تصح الهبة
فان قبل العبد الغائب العقد فهو لغو والكتابة لازمة للشاهد كما لو لم يقبل
لان الكتابة نفذت كذلك من غير قبوله فلا يتغير بقبوله كمن كفل بدين غيره
عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه باطله ولا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه لذا هاهنا
وليس للمولى ان ياخذ الغائب بشيء من البدل لانه لم يلتزم شيئا بل هو تبع في العقد كولد
المكاتبة ولا يؤخذ ولد المكاتبة بشيء لذا هاهنا فان حرر المولى العبد الغائب عتق لانه
ملكه وسقط حصته من البدل لان المال مقابل بالرقبتين في حق المولى والحاضر

وانما جعلناه تابعا لاحصه له في حقه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته اعتق الحاضر حتى يودي حصته
وان عجز الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبة ويودي الغايب حصته حالا والا رد في
الرق لان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغايب ولو كاتب عبده على نفسه وعلى ابن صغير
له فهو كالعبد الغايب لانه لا ولاية له على ولده فصار ابنه المملوك لمولاه ومملوك اخر سوا
بل هذا اولى لان ولده اقرب اليه من الاجنبي وكذا لو كاتبت امته على نفسها وعلى ابنين
لها صغيرين يجوز وليس جواز العقد فيهما على ابنيها بطريق الولاية اذ لا ولاية للام الحرة على اولادها
فلمن للامة ولكن الامة جعلت نفسها اصلا في الكتابة فيجوز عليها قصدا وعليهما تبعا
استحسانا كما في كتابة الحاضر على عبد للمولى غايب وايهم ادى لم يرجع على صاحبه بشي لما مر
ويجبر المولى على القبول لما بينا ان المودي ينتفع بما يودي ويعتقون لما مر كاتب عبده كتابة
صحيحة واداه عنه غيره بلا امره وضمانه عتق ولا يرجع لانه متبرع ولو ادى بضمان بامر العبد يرجع
على العبد لادايه بامره او على سبيل الفساد ما سوى على العتاد وهو الضمان فان استدان
العبد واداه وعجز لا يرجع ويكون دينا في ذمته يباع فيه وان كاتب عبديه كتابة واحدة على
الف درهم على انهما اذا اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق فقبلا صح العقد استحسانا لما مر في
الكفالة وان ادى احدهما حصته لا يعتق وقال زفر يعتق لان كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه
وحصته لا حصة صاحبه ولنا انه علق عتقهما باداء الكل لانه قال ان اديا عتقا فلا
يعتق احدهما باداء حصته مكاتب قال اذا اعتقت فثلثي وصية او اوصيت بثلثي صح
وان قال اوصيت بثلث مالي وعتق بطل اعلم ان وصية المكاتب ثلثه اقسام
قسم منها باطل وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة وهو تبرع محض فلا
يصح وان ملك ذلك بعد العتق كمن اوصى بعين لا يملكه ثم ملكه وقسم يجوز اجماعا
وهو ما اذا اضاف الوصية الى الملك بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالي
لفلان وصية او فقد اوصيت له بثلث مالي حتى اذا عتق ثم مات فللموصى له
ثلث ماله لانه صرح باضافة الوصية الى ملك يقبل الوصية وقسم باطل عند ابي حنيفة
صحيح عندهما كما اذا قال اوصيت بثلث مالي ثم عتق وهذا بناء على ان للمكاتب
نوعي ملك حقيقيا وهو ما بعد العتق ومجازا وهو ما قبل العتق فعنده ينصرف
الى المجازي فوقع باطلا وعندهما الى الحقيقي فيصح مكاتب اوصى لرجل بتحرير عبده
غدا او بهبة او بصدقة غدا ثم عتق المكاتب او بلغ الصبي قبل مجي الغد فهو باطل لبطلان

اهليتهما حتى لو فعل الوكيل يتوقف على اجازتهما وكل عبد محجور رجلا بان يزوج له امراة او يشتري
له شيئا وفعل الوكيل بعد عتقه صح لان العبد اهل للشرى وانما لم ينفذ الوكالة لحق المولى فاذا
زال بالعتق نفذت الوكالة وان اشتراه الوكيل قبل عتقه نفذ عليه لان الشرى لا يتوقف
رجل قال لعبده ان لم اضربك فانت حر واوصى العبد الى رجل وله ولد حر صغير وله مال
ومات لم يضربه عتق ولغا ايصاوه لانه انما يعتق في اخر جز من اجزا حيوته لتحقق الياس عن
الضرب عنده وذلك زمان يسير لا يسع التصرف فيه فلا يصح ايصاوه

باب كتابة العبد المشترك

عبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة
وكاتب نفذ في حظه فقط عند ابي حنيفة لان الكتابة يتجزى عنده لانها تفيد الحرية يدا فصارت
كالاعتاق من هذا الوجه وليس لشريكه الفسخ لانه باذنه وهذه فايدة الاذن بالكتابة
فان ادى الالف عتق حظه ولا يضمن لشريكه لانه برضاه ولكن يسعى العبد في نصيب الساكت
وان ادى بعض الالف او كله سلم له وليس للساكت ان ياخذ منه نصيبه لان اذنه له بقبض
البدل اذن للمكاتب بالادا والاذن بالادا تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب
وقد تم بقبض المكاتب فسلم له كرب الوديعة اذا امر المودع بقضاء دينه من الوديعة
فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل فكذى هنا الا اذا نهاه قبل الادا فيصح نهيه
لانه تبرع لم يتم ولو اذن وهو مريض وادى من كسب بعد الكتابة يصح من كل ماله لان
الكسب اذا لم يكن موجودا حالة الاذن فالاذن لم يتبرع بشي من ماله حتى يعتبر من
الثلث وانما تبرع بمنافع العبد حيث اذن له بصرفها الى بدل الكتابة وتبرع
المريض بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال لان حق الورثة يتعلق باعتبار الاموال
لا بالمنافع وان كان قد اكتسب قبل الكتابة فاذن له في الكتابة والقبض منه نفذ
من الثلث لانه تبرع ببعض ماله لانه حين الاذن كان الكسب فاما يتعلق حق الورثة
به وعندهما الكتابة لا تتجزى فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة الكل فاذا
كاتبه يكون مكاتبا نصيبه بحكم الملك ونصيب شريكه بحكم التوكيل والاذن فيكون
مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما واذا قبض المكاتب شيئا يكون بينهما قبل
العجز وبعده ولو كان بلا اذن صاحبه له حق الفسخ عند الكل وان لم يفسخ حتى ادى
بدل الكتابة عتق حظه عند ابي حنيفة وللساكت ان ياخذ من الذي كاتب نصف ما

اخذ من بدل الكتابة لانه عبد مشترك ثم ينظر ان كاتب كله بالف لا يرجع على المكاتب بشى مما اخذ
منه شريكه لانه لم يسلم للعبد منه الا نصف البدل فلم يسلم للمولى الا نصف البدل ولو ان كاتب
نصيبه بالف يرجع على العبد بما اخذ منه شريكه لانه سلم للعبد منه كل البدل ولم يسلم للمولى الا
نصف البدل فيرجع بالنصف الاخر وعندهما اذا ادى بدل الكتابة عتق كله ويغرم المكاتب
لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في نصف قيمته ان كان معسرا كما لو اعتقه احدهما
بغير عوض وللساكت ان ياخذ من العبد نصف ما بقي في يده من الاكتساب لانه كسب عبد
مشترك ولو كاتب احدهما كله او حطه بالف ثم كاتب الاخر كله او حطه بمائة دينار صار مكا
تبا لهما اما عنده فلان الكتابة تتجزى فتعدد كتابة كل نصيبه واما عندهما فلان الاول
لما كاتب نصيبه صار مكاتبا وللاخر حق الفسخ واذا كاتبه في كان فسخا منه في نصفه وايهما ٥
قبض شيا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك ويتعلق عتق نصيب كل واحد منهما
بجميع بدل الكتابة المسمى في مكاتبة نصيبه فان ادى اليهما معا فالولاء لهما عندهم وان قدم
احدهما صار ملكا بينهما حرا احدهما عتق نصفه عند ابي حنيفة وبقي نصيب صاحبه مكاتبا
ولا ضمان ولا سعاية الا ان يعجز المكاتب فيضمن القابض نصيب صاحبه ان كان موسرا
ويسعى العبد في نصف قيمته ان كان معسرا او يعتق كله ويضمن نصف صاحبه ان كان موسرا عندهما ح
ويسعى المكاتب في نصف قيمته معسرا وعندهما يعتق كله عند ابي يوسف وعند محمد يضمن
الاول من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي الاعسار يسعى في ذلك امة بين رجلين
كاتباها فوطيها احدهما فولدت ولدا فادعاه ثم وطيها الاخر فولدت ولدا فادعاه فعجزت
فهي ام ولد للاول وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للاخر وضمن شريكه كل عقرها
وقيمة ولدها ويكون ابنه وايهما دفع العقر الى المكاتبة صح وهذا قول ابي حنيفة وعندهما
هي ام ولد للاول وهي مكاتبة كلها له وعليه نصف قيمتها لشريكه عند ابي يوسف وعند
محمد عليه الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد
الحر من الاخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على
الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزى وعندهما لا يتجزى واستيلاد القنة
لا يتجزى اجماعا واستيلاد المدبرة يتجزى اجماعا فاذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعى
احدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها وله في نصفها ملك وهو يكفي لثبا
لصحة الاستيلاد وصار نصيبه ام ولد له ولم يملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الاخر مكا

عندا

عند ابي حنيفة وفي الاملك نصيب صاحبه وصار كلها ام ولد له لان تكميل الاستيلاد واجب
ما امكن الا ترى انه لو استولد امة مشتركة تصير كلها ام ولد للمستولد لامكان التملك
لانها قابلة للنقل وقد امكن هنا لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا
الاستيلاد وملكناه وفسخنا الكتابة في حق التملك وهي لا تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا
تتضرر به وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فانه لا يكمل ويقتصر
على نصيب المستولد لانه لا يمكن تكميلها اذ التدبير مانع للنقل من ملك الى ملك فان قيل هلا الى ملك ح
قلتم تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا باع المكاتب كما قلتم بانفساخ الكتابة ضمنا
لصحة الاستيلاد قلنا في تحويز ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه
مكاتبا ويتضرر هو ببطلانه والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب وله ان
الاستيلاد يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين اذا استولدها
احدهما فانه يتجزى ويقتصر الاستيلاد على نصيب المستولد والكتابة لازمة كالتدبير
فلا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة
اذ لو صار كلها ام ولد له لانتقال الملك اليه وقيام الكتابة اذ هي لا تقبل الفسخ
الفسخ لانها عقد لازم والكتابة مانعة للنقل فاذا جاءت بولد وادعاه الاخر فقد ادعى
نسب ولد امة نصفها مالك له فصحت دعوته وثبت نسبه منه فاذا عجزت المكاتبة
بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الام كلها ام ولد للاول
لان المقتضي لتكامل الاستيلاد موجود والمانع من التكامل الكتابة فاذا
انفسخت الكتابة عمل المقتضي عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبايع اذا
اسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن للاخر نصف قيمتها لانه تملك
نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه امة مشتركة ويضمن شريكه كل عقرها
وقيمة الولد والولد للاخر وهو حر بالقيمة لان الاخر بمنزلة المغرور لانه وطيها
على ظن ان نصفها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة انه لا ملك له
وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة ولكنه وطي ام ولد الغير حقيقة
فلزمه كل العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان العقر حقها حال قيام الكتابة
لاختصاصها بنفسها واذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه وهذا كله

قول ابي حنيفة وعندهما هي ام ولد له تكميلاً للاستيلاد لانه يمكن بفسخ الكتابة لما مر واذا صارت
كلها ام ولد له فوطي الثاني صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا
عليه بالقيمة ولزمه كل العقر لان الوطي لا يخلو عن الضمان الجابر او الحد الزاجر وبعد ما انجاب
الحد للشبهة يجب العقر ويسقط الكتابة عندهما وصار كلها مكاتبة للمستولد بنصف
بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف
بدل الكتابة والجمهور على انها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان الانفساخ ضروري فلم يظهر
فيما وراء الضرورة وهو حكم الملك فبقي العقد الاول كما كان والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها
بنفسها وابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه ثم
قال ابو يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه يملك نصيب شريكه من
المكاتبة فيضمن قيمته مكاتبا موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك فلا يختلف باليسار
والاعسار، وقال محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان
حق الشريك اما في نصف القيمة على العجز عن الاداء او في نصف بدل الكتابة على اعتبار اعتباره
الاداء والاقل متيقن فيجب الاقل وان لم يطاها الثاني ولكن دبرها فعجزت بطل التدبير
عندهم اما عندهما فلان المستولد تملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز ظهر
ان كلها ام ولد للاول فانه لم يكن له فيها ملك لما مر والملك شرط لصحة التدبير بخلاف
ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحسانا فالولد
بالغرور فاما التدبير فلا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى امة فدبرها فاستحقت
بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بقيمته فكذا
هنا وهي ام ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه ويكمل الاستيلاد لامكان التكميل
وضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد ونصف عقرها لوطيه ام ولد مشتركة
بينهما والولد للاول لصحة دعوته على ما مر وهذا اقوالهم وان دبرها الاول او استولدها
او اعتقها صح فحظه اي صار نصيبه مدبرا او ام ولد او معتقا ونصيب الساكت مكاتب
على حاله عند ابي حنيفة اما في الاول والثاني فلان التدبير عنده يتجزى وكذا
استيلاد المكاتبة عنده لما مر ان الكتابة مانعة من التكميل فيتجزى الاستيلاد ضرورة
ولا ضمان ولا سعاية لان نصيب الساكت لم يتغير وعندهما صار كلها مدبرة او ام

١٢٣

ولد للمدبر او المستولد لعدم التجزي ويضمن نصف الشريك موسرا او معسرا لانه ضمان تملك
واما في الثالث فلان الاعتاق عنده يتجزى فبقي نصف الاخر مكاتبا ولا ضمان ولا
سعاية ان مضت على الكتابة لان نصيب الساكت لم يتغير عما كان عليه وبقي مكاتبا كما كان
فلم يتعلق بتلف المعتق شيئا عليه فلا يضمن وعندهما لما كان لا يتجزى عتق الكل فله ان
يضمنه ان كان موسرا ويستسعي ان كان معسرا لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار
والاعسار ولكن عند ابي يوسف يضمن نصف قيمتها وعند محمد يضمن الاقل من نصف
القيمة ومن نصف بدل الكتابة ثم اختلفا على قول ابي يوسف فقال بعضهم يضمن نصف
قيمتها قنة لان الكتابة انفسخت في نصيبه سابقا على العتق ضرورة تكميل العتق من جهة
المعتق وقال بعضهم يضمن نصف قيمتها مكاتبة وهو الصحيح لان سبب الضمان الاعتاق
والاعتاق صادف المكاتبة واتلاف المكاتب لا يوجب قيمة القن وان عجزت ضمن المعتق
لشريكه نصف قيمتها ورجع بذلك عليها عند ابي حنيفة لانها لما عجزت وردت في الرق
صارت كانها لم تزل قنة فصار العتق متلفا نصيب الشريك بالاعتاق السابق
فيصير حكمه كحكم عبد بين اثنين اعتقه احدهما فعنده ان كان معسرا له خيار الاعتاق
والاستسعاء وان كان موسرا له ان يعتق نصيبه او يستسعي او يضمن شريكه ويرجع به
الشريك على العبد وقالا ان كان موسرا ضمن ولم يرجع وان كان معسرا استسعى وقد
مر تقريره في الاعتاق ٥ عبد بين رجلين حرره احدهما ثم دبره الاخر لم يكن للمدبر ان يضمن
المعتق ولكنه ان شاء اعتق وان شاء استسعى وان دبره احدهما ثم اعتقه
الاخر وهو موسر فللمدبر ان يضمن المعتق قيمة نصيبه مدبرا ان شاء اعتق وان شاء
استسعى وهذا عند ابي حنيفة واصله ان التدبير والاعتاق يتجزيان عنده
فاذا اعتقه احدهما اولا بقي نصيب المدبر على ملكه ووجب له حق التضمين
او الاعتاق او الاستسعاء لكن حق التضمين لم يجب الا بصفة التمليك والمعاوضة فاذا
دبر نصيبه فقد اختار الاستسعاء على ملكه عادة وحكما فلم يبق له ولاية التضمين
لانه لو ضمنه لصار ذلك ضمان جناية خالصة فيصير بغير المشروع فبقي له خيار
الاعتاق والاستسعاء لانهما لا ينافيان التدبير وعندهما لما اعتق احدهما نصيبه
اولا عتق كله لانه لا يتجزى وبطل تدبير الاخر لانه صادف الحر ويضمن نصف قيمته

ان كان موسرًا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرًا لانه ضمان الاعتاق فيختلف باليسار
والاعسار، واذا دبره احدهما اولا اقتصر على نفسه وبقي نصيب صاحبه على ملكه فاذا
اعتق صح اعتاقه ويفسد به نصيب المدبر ويبقى على ملكه فان شاء اعتق وان شاء ضمن
وان شاء استسعى كالذي لم يدبر الا انه يعتبر في التضمين والسعاية قيمته
مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر وقيمته تعرف بالرجوع الى تقويم المقومين عند
البعض وقد بينا المختار في كتاب العتاق واذا ضمنه لا يملكه بالضمان لانه
لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما لو غصب مدبرًا فابق فانه يضمنه ولا يملكه وهذا
الاعتاق لم يوجب الضمان الا بصفة العدوان لعدم التدبير المانع من نقل الملك
فلم يكن في اختيار التضمين تبديل حكم الشرع هنا فافترقا وعندهما اذا دبره احدهما
اولا صار كله مدبرًا وملك نصيب صاحبه لانه لا يتجزى وبطل تحرير الاخر لانه صادف
مملوك الغير ويضمن نصف قيمته موسرًا كان او معسرًا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار
والاعسار ويضمن قيمته قنًا لان التدبير صادفه وهو قن ه عبد وابنه بين شريكين
كاتبهما احدهما كتابة واحدة بغير اذن شريكه فمات الاب وترك مالا او اكتسب الولد
اكسابا بعد موته او قطعت يده فللساكت نصف ما ترك الميت ونصف ارش الولد
ونصف كسبه لانه كسب عبده لان نصيبه منهما بقي عبدا له عند ابي حنيفة
ثم المولى المكاتب ياخذ بدل الكتابة من الباقي ويعتق نصيبه منهما ويضمن نصيب الساكت
منهما ان كان موسرًا ويجب السعاية ان كان معسرًا وسعاية الاب يؤخذ من تركته
لانه عاجز عن السعاية ولا يرث الابن اباه لان نصفه عبد للساكت ولا يملك
الساكت نقض الكتابة بعد موت الاب لان بقا الكتابة بعد موت
المكاتب لضرورة حصول العتق فلا تظهر في حق النقض مقصودًا ه

باب عجز المكاتب وموته وموت المولى

مكاتب عجز عن نجم فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم عليه لم يعجل الحاكم بتعجيزه وانتظر
عليه يومين او ثلاثة فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
او سيده برضاه واصله ان السنة في الكتابة التاجيل والتنجيم والتيسير فان حل نجم
فلم يود حصته كان للمولى حق الفسخ عند ابي حنيفة ومحمد الا ان يكون له مال حاضر او غايب

يرجى قدومه فيؤخر يوما او يومين او ثلاثة لا يزاد عليه وقال ابو يوسف لا نفسخ ولا يرد في الرق حتى
يتوالى عليه نجمان لقول علي اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بالشرط
والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا امر لا يعرف قياسا فصار المروي عنه
كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز الا بتوالي نجمين
فلا يثبت حق الفسخ قبل ثبوت دليله وهذا لانه لما مضى نجم صار حالا والعجز
عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق الا بعد مضي مدة الامهال والا وابدا
العقد واحق الاجال ما اجتمع عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني يتحقق العجز
فوجب الفسخ ه ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبا له عجز عن نجم
فرده في الرق وليس في حديث علي رضي الله عنه انه اذا اكثر نجما ما حكمه
فهو مسكوت عنه على ما عرف من مذهبنا ولان المقصود بالعقد في جانب المولى وصول
المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان
وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض
المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة
في المبيع ولانه لما مضى النجم كان كانه كاتبه على ذلك القدر حالا ولو كان كذلك
لقيل له اما ان تعجل واما ان ترد في الرق ولم يوخر الا ان يكون له مال حاضر
او غايب يرجى قدومه ولم يرد في التاخير على ثلاثة ايام كذا هنا واما التاخير
الى ثلاثة ايام فلانه امضا لموجب العقد لان الادا انما يتوجه بعد انقضاء
حلول النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر على ان يكون من باب
التعجيل دون التاخير نظرا لهما وابلا للعذر اذ هي مدة ضربت لابلا الاعذار
كما في قضية الاحاد وشرط الخيار وامهال المرتد وامهال المدعى عليه للدفع
اي اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع ببينة حاضرة فانه يمهل ثلاثة ايام وامهال
المديون للقضا فانه اذا اقر بدين وسال ان يمهله ثلاثة ايام ليحضر المال او ليبيع
عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن به ممتنعا عن ادائه ولم يحبسه به
فان اخل المكاتب بنجم فرده مولاه عند غير سلطان برضاه فهو جائز لان الكتابة

يحمل الفسخ بالتراضي بلا عذر وعندنا لعذر أو لي وان لم يرض به العبد فلا بد من القضا بالفسخ
لانه عقد لازم تام فلا بد من القضا او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض وفي بعض الروايات
ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد المشتري عيبا قبل القبض فانه ينفرد
المشتري بالفسخ واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وما
في يده من الاكساب لسيده لانه ظهر انه كسب عبده وان مات المكاتب وله ٥
مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته وما
بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ
علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما ترك فلمولاه وهو قول
الشافعي له ان العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فيبطل
وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت العتق قبل الموت او بعده مقتصرا او مستندا
لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء والشيء لا يسبق شرطه ولا الى الثاني
لان الميت ليس بمحل لثبوت العتق لما انه من احداث قوة المالكية وذا لا يتصور
في الميت ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر استناده ضرورة لان
الشيء يثبت ثم يستند ولان في استناده الى حال حيوته اثبات العتق قبل شرطه وهو
الاداء وهذا بخلاف ما اذا مات المولى فانه يبقى العبد بعد موته ويعتق بالاداء الى ورثته
وصار المولى معتقا له لان الميت يجوز ان يكون معتقا ولا يجوز ان يكون معتقا الا
ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي كان صحيحا ولو قال بعد موتك كان لغوا ولنا
انها عقد معاوضة لا ينفسخ بموت احد العاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت الاخر
وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين فاذا جاز
ابقاء العبد بعد موت المولى لحاجته اليه ليصل الى مقصوده وهو الولاء فلان يجوز ابقاء
العبد بعد موت المكاتب لحاجته اليه ليصل الى مقصوده وهو شرف الحرية اولى لان
الذي يستحق للمولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز نفسه عن اداء البدل بطل والذي يستحق للمكاتب
قبل المولى لازم حتى لو اراد ان يبطله ليس له ذلك فاذا لم يبطل حقه بموته فحق المكاتب
وانه الزم اولى ان لا يبطل ولان الموت ينافي المالكية منه للمملوكية لان المملوكية
عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية

١٢٥
ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت ينافي القادرية والقاهرية
منه للمقدورية فاذا جاز ابقا العقد مع اقوى المنافيين لادنى الحاجتين فلان يبقى العقد
مع ادنى المنافيين لاعلى الحاجتين اولى واحرى واما ما ذكر من الترديد فنقول انه يعتق
بعد الموت عند البعض بان يعد رقيقا بلا العتق كما قدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في
فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت بعد موته حيا ومالكا لامواله فيما يحتاج الى قضاء
دينه وتنفيذ وصيته والجمهور على انه يعتق في اخر جزء من اجزاء حيوته استنادا لان سبب
الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه
فان قيل الاداء فعل حسي والاستناد انما يكون في التصرفات الشرعية قلنا
نعم ولكن فعل النايب مضاف الى المنوب وهذه الاضافة شرعية الا ترى ان
من رمى صيدا فمات قبل ان يصيب ثم اصاب صار مالكه وورث عنه والميت
ليس باهل للملك لكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب وتمامه
بالاصابة وهو ليس باهل له ثبت الملك من حين الامكان وهو اخر جزء من اجزاء
حيوته وكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف
على الاداء والاداء جاير بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين
الموت كالملك ثم حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته واما بان يجعل البدل
الموجود منه في اخر جزء من اجزاء حيوته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الاداء
المستحق عليه وان ترك ولدا ولد في كتابته ولم يترك وفاء اي مالا يفي ببدل الكتابة
سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكم بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان
الولد دخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار اداؤه كاداء
ابيه كانه مات عن وفاء ولو كاتب امته على انه بالخيار ثلاثا فولدت في مدة
الخيار وماتت وبقي الولد بقي خيار ه وعقد الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وله ان يجيزها واذا جاز سعى الولد على نجوم امه واذا ادى عتقت الام في اخر
اجزاء حيوتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند محمد بطل الكتابة
ولا يصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقامها اذا كان ولد المكاتبة
وهو لم يصر ولد المكاتبة بعد ولهما ان في ابقاء العقد فائدة ما بعد موت المولى ويقوم

الولد مقامها فيسعى وبعد العتق في حق الام بنفاذه في حق الولد ثم تستند الى وقت الانعقاد
وان ترك ولدا اشترا ماله اما ان يؤدي بدل الكتابة حالا والا رددت في الرق
عند ابي حنيفة وعندهما يؤدي على نجومه لانه مكاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود
في الكتابة وهذا لانه صار تبعا له حتى لا يملك المولى اعتاقه كاعتاق المكاتب بخلاف
سائر اكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه وله ان الاجل يثبت شرطا في العقد
فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه
العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا وقت الكتابة عنه وكان ينبغي ان يباع
بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود
في الكتابة لانه يسري اليه حكمه لكونه متصلا به وقت الكتابة لانه ما في فيدخل في
حكمه ويسعى على نجومه ه ومكاتب اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما ادى
بدل الكتابة حكم بعتق المكاتب في اخر جزء من اجزاء حيوته فيحكم بعتق ابنه في ذلك
الوقت لانه تابع له فهو حر مات عن ابن حر فيرثه وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين
كتابة واحدة لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق احدهما في وقت حكم بعتق الاخر
في ذلك الوقت فظهر انه مات عن ولد حر فورثه ولو مات المكاتب وترك مالا وولدا
حرا وولدا كوتب معه او ولد في كتابته ووصيا فالوصي يؤدي بدل الكتابة من ماله ويعتق
في اخر اجزاء حيوته وورثه اولاده اما الولد الحر فظاهر وكذا الاخران لانهما
يعتقان من وقت عتقه كما مر وملك الموصي بيع العرض لانه من باب الحفظ ولا
يملك بيع العقار والدراهم والدنانير لانه ليس من باب الحفظ ولا يرث الولد المولود في
الولد الحر ان مات الولد الحر قبل اداء بدل الكتابة لان ذلك ليس من حقوق كتابة
ابيه فلا يظهر استناد العتق فيه وان مات المكاتب وترك ولدا من حرة ودينا فيه
وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم
موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بعجز المكاتب والفرق
ان القضاء في المسئلة الاولى يقرر حكم الكتابة لان من قضية حكم الكتابة ان يكون الولد ملحقا
بموالي الام والعقل عليهم مع احتمال ان يعتق الاب فيجر الولاء الى موالي الاب فلم يكن القضاء
بما يقرر حكم الكتابة فسخا للكتابة وفي المسئلة الثانية الاختلاف وقع في

الولاء مقصودا وذا ينبني على قيام الكتابة وانتقاضها لان الكتابة ان انتقضت كما قال زيد
استقر الولاء على موالي الام ومات عبدا وان بقيت كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما
عتق الاب بالاداء وانتقل الولاء الى موالي الاب واستقر عليهم فاذا قضى القاضي بالولاء
لموالي الام كان قضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وكان تعجيزا وما ادى المكاتب من
الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب لسيده لانه تبدل الملك لان الصدقة كانت ملكا
للمكاتب ثم صارت للمولى بالاداء وتبدل الملك كتبدل العين في الشريعة فقد
روي ان بريرة كان يتصدق عليها وهي تهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيتناول منها ويقول هو لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف الفقير اذا
اباح للغني او للهاشمي عين ما اخذ من مال الزكوة من الطعام فانه لا يحل لان الملك
لم يتبدل لان المباح له يتناول على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا
اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له هذا اذا عجز بعد الاداء فلو عجز قبل
الاداء الى المولى فكذلك يطيب للمولى وان كان غنيا اما عند محمد فظاهر لان
المذهب عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ فتبدل الملك
واما عند ابي يوسف فكذلك في الصحيح وان كان قياس مذهبه يقتضي ان لا يحل
لانه لا تبدل الملك بالعجز عنده بل يتقرر ملك المولى بالعجز وصار كان الصدقة وقعت
من الاصل للمولى ولو كان كذلك لحرمت عليه كذا هنا لانه لا خبث في نفس الصدقة
وانما الخبث في فعل الاخذ لانه اذلال به لان بالصدقة تسقط الذنوب عن المتصدق
فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق في حق سقوط الذنوب عنه وليس
للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة ولهذا احل للفقير ولا يحل للهاشمي
وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره ولا اخذ ههنا
من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى والمكاتب
اذا عتق واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقات في ايديهم واذا اجر المكاتب
امة ظئرا او اجرت المكاتبة نفسها ظئرا لم تنتقض الاجارة بالعجز عند ابي يوسف وعند
محمد تنتقض لان المولى يملك اكسابه بالعجز ملكا مبتدأ فكان العقد واقعا للمكاتب
ولو بقي لبقي للمولى وهذا لا يجوز كما اذا مات الموجر او المستاجر ولابي يوسف ان

العقد ورد على منافعها وهي مملوكة للمولى من وجه وللمكاتب من وجه لان المكاتب رقيق
والرق ينافي الملك وسبب ملك المولى قايم وسبب ملك المولى قايم وهو ملك رقبته
الا انه ثبت له نوع ملك لحاجته الى اداء بدل الكتابة فبالعجز يتقرر ملك المولى فلا
يبطل العقد كما لو تقرر للمكاتب بالعتق عبد جنى فكاتبه سيده وهو لا يعلم بالجناية
فعجز يقال له اما ان تدفعه او تفديه لانه لما كاتبه وهو لا يعلم لزمته قيمته لان احسان
للفدا المستحق وقد امتنع الدفع بفعله فغرم قيمته كما لو باعه فاذا زال المانع قبل
انتقال الحق عن الرقبة وجب الدفع او الفدا وكذا ان جنى المكاتب ولم يقض به
حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين عليه
يباع فيه لان الحق قد انتقل من رقبته الى قيمته بالقضا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقول ابي يوسف الاخر وقوله الاول وهو قول زفر اذا عجز قبل القضا يباع ايضا
وحاصله ان جناية المكاتب عندنا لا تصير مالا الا بالقضا او برضى او بالموت عن وفاء
وعند زفر تصير مالا في الحال له ان المانع من الدفع قايم وقت الجناية وهو الكتابة
فوجب ان تصير موجبة للقيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد ولنا ان
الاصل في جنايات العبيد وجوب الدفع الا ان يتعذر التسليم بوجود المانع عن
الانتقال من ملك الى ملك والمانع هنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع
مترددا لم يثبت الانتقال من ملك الى ملك عن الموجب الاصلي الا بالقضا او الرضا
كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض لا ينفسخ البيع الا بالقضا لتردده واحتمال عوده
بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع ثابت مستقر لا يقبل الزوال فوجبت
القيمة بلا توقف وان صالح المكاتب عن دم عمدا وزنى ولم يؤد بدل الصلح حتى عجز
ورد في الرق فالصلح في حق المولى فاسد ولا يؤخذ به الا بعد العتق عند ابي حنيفة
لان الصلح عن دم العمد ليس من التجارة ولا من الكسب لانه بذل المال لا بمقابلة المال
فلا ينفذ على المولى الا انه يطالب به في حق الكتابة لانه لا يتناول حق المولى لانه يجب
في ذمته ويؤديه من كسبه والان قد صار حق المولى فلم يصح وعندهما يؤخذ به في الحال
لانه دين وجب عليه واستقر وجوبه لانه صالح وله ولاية الصلح فلا يبطل بالعجز
كدين الشري والاستهلاك واذا ادى مكاتب انه اقتض باصبع حرة او امة او صبية

فعند ابي حنيفة هذا اقرار بالجناية يؤخذ به ما دام مكاتبا فاذا لم يؤده كما امرنا وقال محمد رحمه الله
هذا اقرار بالجناية الا انه ان كان قضي عليه لم يسقط بعجزه لتقرره وان لم يقض عليه لم يؤخذ
به بعد العجز لعدم تقرره وقال ابو يوسف هذا اقرار بالمال فلزمه في الحال وبعد ما عجز كما قال
في الدخول في النكاح اذا اقر به فانه يلزمه في الحال وبعد العجز لكونه اقرارا بالمال
ارتد مسلم وله عبد فكاتبه ابنه فقتل المرتد بطل عقد الكتابة وعاد رقيقا بعد الكتابة
لان ابنه المسلم يرث ماله في وقت ردته فظهر انه كاتب عبد نفسه ولنا انه كان على ملك
الاب حين كاتب الابن فلا ينفذ في ملكه بعده مكاتب ارتد ولحق بدار الحرب ثم وقف امره
فان مات ادى بدل الكتابة من ماله وقسم ما بقي بين ورثته وان عاد مسلما سلم ما له اليه وعند
زوال لحاقه لكونه يؤدي كتابته من كسبه ويحكم بعتقه كلحوق الحر وان مات سيد المكاتب
لم تنفسخ الكتابة لئلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب وهذا لان الكتابة سبب العتق في سبب
حق المرحمة فلا تبطل بموته كالتدبير والاستيلاد ويؤدي المال الى ورثة المولى
على نجومه لان استحقاق الحرية له بهذا الطريق والسبب انعقد على هذا الوجه
فيبقى بهذه الصفة ولكن الورثة يخلفون المورث في الاستيفاء فان حرره عتق وسقط
مال الكتابة وان اعتقوه كل الباقي عتقه صح لان المكاتب يورث لانه مملوك
والمملوك يورث وصار كاعتاق الكل ولنا انه اضاف التصرف الى ما لا يملكه
فيلغو كاحد الشريكين اذا اعتق نصيب شريكه فانه يلغو وهذا لان المكاتب
لا يورث لانه سبب ملك ولا يملك بسبب من اسباب الملك ولهذا ليس للورثة
والقياس في اعتاق الكل ان لا ينفذ عتقهم ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لاضافتهم
التصرف الى ما ليس بملكهم وانما حكمنا بعتقه استحسانا لان اعتاق كلهم يسقط
بدل الكتابة عنه فيمكن ان يجعل اعتاقهم اسقاطا منهم لبدل الكتابة اذ هو حقهم
وقد جرى فيه الارث صونا للكلام عن الالغاء ويراه عن بدل الكتابة
لعتقه كما لو ابراه المولى وكما لو قال صريحا ابراناك عن بدل الكتابة بخلاف ما
اذا اعتق بعضهم لان اعتاق البعض لا يسقط عنه شيئا من بدل الكتابة الا
ترى انه اذا اعتق بعضه بالتدبير بموت المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة
ولا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لاعتاقهم والعتق لا يثبت

ما برأ المعتق واذا المعتق لا في بعضه ولا في كله فلا يبرأ الا برأ لانه اذ المرتب المنتفي لانتفى
المقتضي ولا طاير ان بين الابراء الكل لان الكل حق الكل لا حقه ○ امة بين مكاتبين
ولدت فادعياه ثبت نسبه منهما لان لكل واحد منهما ملكا من وجه وتكاتبت الولد
تبعا لهما وصارت الامة ام ولد لهما حتى لا يصح بيعها فان اديا بدل الكتابة معا
او متعاقبا عتقا ودونها وان ادى احدهما دون الاخر عتق هو وعتق حظه من الولد
ولا ضمان على المؤدي لان عتق الولد ثبت حكما لعتقه لا بفعله ولا سعاية على الولد لشريكه
لان الاب يسعى لحريته ولده فكيف يسعى الولد وصار نصف الامة ام ولد للحر والنصف
الاخر على حاله فان عجز شريكه زال المانع من تكامل الاستيلاد فصار كلها ام ولد المعتق
وضمن الحر نصف قيمتها للمولى العاجز موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك وسعى
الولد في نصف قيمته لمولى العاجز لان المانع من السعاية ان سعايته تكون لابيه وقد زال
وولاء الولد بين المولين لحصول العتق منهما وهذا كله مذهب ابي حنيفة وعندهما
اذا ادى احدهما عتق وعتق كل الولد منه والولاء كله لمولاه والامة كلها ام ولد له
ويضمن نصف قيمتها موسرا كان او معسرا ولا ضمان عليه في الولد ولا سعاية وان عجز
احدهما قبل الاخر فحظه من ولده مبعض رقا لتجري الكتابة عنه وهي ام ولد للذي
لم يعجز لزوال المانع من التكامل وضمن نصف قيمتها للمولى العاجز لتملكه نصيبه منها
فان قضى عليه بنصف قيمتها تعذر كونها ام ولد له حتى لو عجز بعده كان كلها للمكاتبيه
وان لم يقض عليه حتى عجز كانت امة بين المولين وان لم يعجز ولم يؤديا حتى
حتى مات احدهما وترك وفاء ادت كتابته من ماله وتعتق في اخر جزء من حياته ويعتق
نصف الولد معه ويبقى النصف الاخر مكاتبا تبعا للاب الحر عند ابي حنيفة
ولا يرث الولد اباه الميت وان عتق بعد ذلك النصف الاخر بان ادى المكاتب
الحي بدل الكتابة لانه حين مات الاول كان الولد معتق البعض ومعتق البعض
لا يرث فان عجز المكاتب الحي عاد قنا وسعى الولد في نصف قيمته لمولاه الحي ويسعى
الام في نصف قيمتها لمولى العاجز لان هذا النصف صار قنا بعجز الحي فكون
فتكون متقوما وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يعتق كل الولد بلا ضمان ولا
سعاية الا اذا عجز الحي فحينئذ يسعى الولد في نصف قيمته لمولاه ولا يرث اباه

الميت لان عتق المكاتب من طريق الاستناد فانما يظهر في حق الولد في حق النصف الذي
عتق تبعا لانه لا في حق النصف الذي يعتق حكما لعدم التجزي فصار في حق ذلك
النصف كانه عتق عند الاداء وان اكتسب الولد مالا او قطع يده يجب ارشه فان
ونصف الكسب والارش للولد والنصف للمكاتب الحي وان قطعت يد الام او
اكتسبت فان كان بعد الاداء يجب ارش الامة عند ابي حنيفة لانها معتقة البعض
ويكون نصف الارش ونصف الكسب لها لانها بمنزلة المكاتب والنصف الاخر
للمكاتب الحي وان كان قبل الاداء يجب ارش الامة ويكون مشتركا بين المكاتب الميت
والحي لانها مشتركة فكذا ارشها وكسبها ○ مكاتبان كوتبا معا كتابة واحدة ولهما
امة فولدت فادعياه معا ثم ماتا عن وفاء معا او مرتبا فاديت كتابتهما معا ورثتهما
لانه عتق كله قبل موتهما لان استناد عتق كل نصف ظهر في حق الاخر لاتحاد العقد
فصار كمكاتب واحد وان كاتب كتابتهما متفرقة وادت معا لا يرث واحد منهما
لان كل نصف في حق الاخر كانه عتق حال الاداء مجهول النسب كاتب عبده
فاشترى المكاتب امة وكاتبها فاقر المجهول بالرق على نفسه لمكاتبه مكاتبته
فصدقته صح اقراره لانتفاء التهمة اذ بهذا الاقرار يعتق وصار هو مع مكاتبه ملكا
للمكاتبة لانه اذا اقر انه ملك المكاتبة فقد اقر بان ملكه ملك للمكاتبة
وبقيت كتابتهما حتى يتعلق عتق كل واحد بالاداء الى صاحبه لان الاقرار
المجهول لا يتعدى الى ابطال حق غيره فان اديا معا او حل النجمان معا ووقعت المقاصة
عتقا ولا ولاء لاحدهما على الاخر لان الولاء انما يثبت بالعتق وكل واحد منهما
ليس باهل للولاء حال عتق صاحبه لمكان الرق واذا تقدم احدهما فله ولاء
الاخر ولا ولاء عليه وان عجزا معا عتقت وملكتهما وان سبق عجز احدهما
عتق الاخر وملكهما رجلان في يدهما عبد اقر كل واحد بها للاخر معا بطلا ولو
مرتبا فهو للاول وكذا مجهولان اقر كل واحد منهما بالرق للاخر ان خرج كلاهما
معا بطلا لان كل واحد منهما رد اقرار صاحبه فبطل الاقراران فان خرجا
متعاقبا صار اخرهما عبدا للاول لا يكون ردا لاولهما فبطل اقرار اولهما وبقي
اقرار الثاني فصار عبدا للاول ولو اقر مجهول النسب بالرق لعبد زيد

وان زيد بالرق للمغرور ... والعبد يدعي الحريه عتق العبد وصار الحران مملوكين للعبد وحكى
ان عيسى بن ابان دخل على داود الاصبهاني وكان يطعن على اصحابنا بين تلامذته
ويقول انهم متناقضون في كلامهم فساله عيسى عن هذه المسله فتحير داود فما كان
يقول في رجل مجهول النسب له مكاتب ولمكاتبه مكاتبة فاقر المجهول انه عبد للمكاتب
كيف الحكم فيه فقال ايش جواب القوم في هذه المسله فقال له داود ما تصنع بجوابهم
وهم متناقضون في كلامهم وانما اريد ان اسمع جواب هذه المسله من الشيخ فتردد وتحير
ولم يمكنه ان يجيب عنها ولدت امه مكاتبه وقد حبلت في ملكه فادعى
سيده نسب الولد وصدقه المكاتب ثبت النسب كما اذا ادعى ولد امه
الاجنبي وصدقه الاجنبي وعن ابي يوسف انه يصح صدقه المكاتب في ذلك
ام كذبه لان حق المولى في اكساب المكاتب اقوى من حق الاب في مال الابن ولهذا
لو زوج امه مكاتبه لا يصح ولو زوج امه ابنه يصح ثم حق الاب في مال الابن عند الحاجه
وقدمت الحاجة الى صيانة مائه بتصير متملكا مستولدا ملك نفسه اما المولى
فمحجور عن التصرف في اكساب مكاتبه والتملك ولهذا لو اراد ان ياخذ شيئا من اكساب
مكاتبه لحاجة الاكل واللبس لا يملك ذلك فلا يصح دعوته الا بتصديق المكاتب
وعليه عقرها لان له حق الملك في اكساب المكاتب فلا حاجة الى تملك الجاريه
فلا يتملكها وقيمة ولده لانه لم يتملكها فلم يصر ابن ولده كما في ولد المغرور وان كذبه
المكاتب في النسب لم يثبت لما مر انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت
نسبه منه لقيام الموجب وزوال المانع وهو حق المكاتب ولا يجوز للمولى
ان يزوجها وان اشترى المكاتب زوجته فسد نكاحها لان الحق يمنع الابتداء
لا البقاء وان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ ملكها المكاتب ان صدقه ٥
ثبت النسب لما مر ولا يعتق الولد لان العلوق اذا لم يكن في ملك المكاتب
لم يكن المولى مغرورا فلا يعتق بحكم الغرور ولا يجب العقر لانه اقر بالوطء في ملك
الاجنبي وكذا المكاتب اذا اشترى عبدا فادعى المولى نسبه وصدقه

المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لما قلنا ولدت مكاتبة المكاتب فادعاه سيد المكاتب
وحملها بعد كتابتها ان صدقته ثبت نسبه ويحمل على انها ولدت منه بحكم النكاح الفاسد
ولا يعتق الولد قبل عجزها ويعتق بعد العجز بقيمته يوم عجزها صدقته المكاتبة او
كذبت ان يعلم بصدقها لتعذر ايجاب القيمة قبل العجز فتعتبر قيمته يوم العجز وان
ولدت لاقل من ستة اشهر منذ كوتبت فادعاه مولى المكاتب وصدقته عتق
بقيمته منذ ولد وعقرها للمكاتب لان الوطء حصل في ملكه وان كذبته لا يثبت
وان صدقته المكاتب لان الحق لها لا للمكاتب الا اذا كبر الولد وصدق
او عجزت هي والمكاتب مصدق مكاتب كاتب امته وادعى بعتق فولدت ولدا لاقل
من ستة اشهر منذ كتابتها فادعاه مولاه وصدقته ثبت نسبه وعتق بقيمته يوم
الولادة لان العلوق حصل حال كونها امة المكاتب ولا يعتبر تصديقها بخلاف
ما لو كان العلوق حال الكتابة وان ولدت لاكثر من ستة اشهر لا يعتق
الولد لغرور بزعمه الا اذا عجزت فحينئذ يصير الولد حرا بالقيمة وان ولدت لاكثر
من ستة منذ كوتبت ولاقل منها منذ عتق فالجواب فيه كالجواب فيما اذا ولدت
قبل عتقه لان العلوق متى حصل في حال الكتابة لم يكن للعلوق اثر بعده اذ
المعتبر زمان العلوق وان ولدت لستة اشهر فصاعدا منذ عتق وزعم السيد
انه وطئها بعد العتق لم يثبت نسبه وان صدقت وكان زانيا لعدم حق الملك فيه
وثبات ولده فكان كالاجنبي وان قال انه نكحها بعد عتق المكاتب ان صدقته
المكاتبة ثبت النسب ولا يعتق الولد لوجود شبهة النكاح وكان الولد
تبعا لامه فان عجزت فهما رقيقان وان كذبته المكاتبة لا يثبت النسب
الا اذا عجزت وهو مصدق ولا يعتق الولد لانه ليس بمعنى المغرور وان زعم
انه ولد بوطء كان قبل العتق ان صدقته ثبت نسب الولد لاتفاقهما
عليه ولا يعتق الولد لانه وان علق في حال قيام الكتابة لم يثبت الغرور فلم
يثبت الحرية وان عجزت اخذ المولى الولد حرا بالقيمة لانه صار ولد امة
المكاتب فان ادت عتقت مع ولدها لانه دخل في كتابتها تبعا وكذا ان صدقت
وكذب المكاتب الحر ثبت النسب لان الحق لها والولد رقيق وان عجزت

لانه استحق رق ولدها بالعجز فلو بتصديقها ان الولد علق قبل العتق ربما ابطال حق المولى
ولا يصدق وان صدقته المكاتبة الحرار ووطء المولى كان قبل العتق وكذبته المكاتبه
لا يثبت النسب وبعد عجزها يثبت ويعتق بقيمته يوم عجزها لان المكاتب صدق
في حق نفسه وقد اقر ان الولد علق حال الكتابه وصارت المكاتبة امة للمكاتب
مكاتب المكاتب ملكت امة فولدت فادعاه سيده وصدقته المكاتبه يثبت النسب
ولا يعتق الولد لعدم العلوق في ملكه فلم يثبت الغرور فان عجزت وولدت لستة اشهر
مذ ملكت فهو حر بقيمته يوم العجز وان ولدت لاقل من ستة اشهر لا يعتق لحصول
العلوق في ملك الاجنبي فلو عتق المكاتب قبل عجزها او مات المكاتب عن وفا
نادى فعجزت المكاتبه فالجواب فيه ما ذكرنا ... اي ان ولدت لاكثر من
ستة اشهر مذ ملكها المكاتب عتق الولد والا فلا لان الاعتبار للعلوق حال
قيام ملك الملك لا لقيام كتابة المكاتب ولو عجز المكاتب الاول قبلها او مات عاجزا
صارت دعوة كدعوة ولد امة لمكاتبه وحكمه قدمر مكاتب اشترى زوجته
حل وطيها لان الثابت للمكاتب بالشرى حق الملك فلا ينفسخ النكاح فان
ولدت دخل الولد في كتابة الاب تبعا ودخلت الام في كتابة الولد تبعا فان مات
الاب لا عن وفاء تعتد عدة الوفاة شهرين وخمسة ايام لانها امة وقام الولد مقام الاب
وسعى على نجومه وعتقوا بالادا وتعتد بثلاث حيض لانها ام ولد وعدة ام الولد
في الموت ثلاث حيض واربعة الاولى تداخلت وعدتي الاولى خاصة لانها
عدة النكاح وان مات عن وفا ادي بدل الكتابه وحكم بعتقهم في اخر جزء من
وظهر فساد نكاحها لانه ظهر انه ملك امراته في اخر جزء تجب عليها عدتان
عدة النكاح حيضتان بسبب الفرقة في اخر صوته وهي امة وعدة الاستيلاد
بموت المولى ثلاث حيض وتداخلتا فلو لم تلد ... زوجته ولا يعتق لان عتقها كان تبعا
للولد ٥ تحته امة طلقها ثنتين فملكها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره لان طلاق الامة
ثنتان كاتب حاملا بالف واستثنى حملها فسدت الكتابه لان الولد المتصل
كسائر اجزائها واستثنا جزء من اجزائها شرط فاسد مخالف مقتضى العقد بخلاف
استثنا الولد في المهر والخلع والصلح عن دم العمد لان استثنا الولد كاستثنا طرف

من اطرافها ولو استثنى طرفا من اطرافها يجوز هذا العقد ويبطل الاستثنا فكذا اذا استثنى
الحمل واستثنا الخدمه كاستثنا الولد في جميع الاحكام لانهما ملك معا كالولد فان ادى
الالف عتقا لان الفاسد ينعقد عند العقد ما ينعقد الصحيح فان كان الرهن فيهما
يسلم له عندنا خلافا لزفر لما عرف وكذا لو كان حملها لغيره لان كتابة الام تضمنه وكان
شرطا فاسدا ولو لم يستثن يوقف في الولد على اجازة صاحبه لانها تناولته وهو ليس
له وان مات فاجاز لغت وان تركت وفاء او ولد ولدته كتابتها لان من شرط الاجازة
قيام محل الابتدا ولم يوجد هذا الشرط في الاصل لان الميت باعتبار الولد لا يقبل
الكتابه ٥

كتاب الولاء

هو من الولي بمعنى القرب وتفاعلهما ولا اي قرابة ومنه قوله عليه السلم الولاء لحمة كلحمة النسب
اي وصلة كوصلة النسب اعلم ان الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة قال الله
تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه اي انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالعتق وسبب
هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور والاصح ان سببه العتق على ملكه لان
الحكم يضاف الى سببه ويقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق ولان من ورث
قريبه فعتق كان مولى له ولا اعتاق هنا وولاء موالاة وسببه العقد الذي
يجري بين اثنين والحكم يضاف الى سببه والمطلوب من كل واحد منهما التناصر وكانت
العرب في الجاهلية يتناصرون باسباب منها الحلف والمحالفه فالشرع قرر حكم
التناصر بالولاء بنوعيه حتى قال عليه السلم مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد
بالحليف مولى الموالاه فانهم كانوا يولدون الموالاة بالحلف والمعنى التناصر ايست
الشرع حكم التناصر بالولاء وبنى على ذلك حكم الارث لان الارث بولاء العتاقة
اقوى لكونه متفقا عليه فاذا ثبت هذا فنقول كل معتق عن حربي ولو
بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب يستحق الولاء لقوله عليه السلم الولاء لمن اعتق
ولان التناصر حصل بالاعتاق فيعقله وقد احياه حكما بازالة الرق عنه
فيرثه وهذا لان الكفر موت حكما بالنص والرق اثر الكفر والملك
للمالك قبل العتق وقد صار مالكا بالاعتاق والمتسبب للاحياء حقيقته بالايلاد

يستحق الارث كالاب فكذا المسبب للاحيا حكما يستحقه فصار الولا كالولاد ولان الغنم
بالغرم والمراة كالرجل لاطلاق ما رويناه ولان ابنة حمزة اعتقت عبدا فمات المعتق وترك
بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لبنته ونصفه لابنة حمزة ويستوي
فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما روينا ولان ثبوت الولاء باحداث قوة
المالكية في المعتق وفي هذا يستوي الرجل والمراة والاعتاق بمال وبغير مال والحربي
اذا اعتق عبدا حربيا في دار الحرب وخلاه ثم خرجا مسلمين لا ولاء له عند ابي حنيفة
ومحمد لانه عتق بالتخلية وقال ابو يوسف عتق وله ولاؤه لانه عتق بالتخلية والاعتاق
جميعا واذا ادى المكاتب وعتق فولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق
عليه بالكتابة وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه بعد موته لان فعل الوصي بعد
موته اليه والتركة مبقاة على حكم ملكه وان مات المولى وعتق عليه فولاؤه
له لحصول السبب وهو العتق على ملكه ولغا شرط نفي الولاء اي لو شرط انه سائبة
اي معتق لا ولاء بينهما فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لانه شرط مخالف للحديث
الذي رويناه فيكون باطلا وبدليل قوله تعالى ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة قيل
في تاويله كان الرجل اذا اعتق عبدا قال هو سائبة فلا عقل بينهما ولا ميراث
واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق مولى الامة وهي حامل من العبد عتقت
وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا
اذ هو اضاف الاعتاق الى جميع اجزائها والولد جزؤها فيعتق مقصودا فلا
ينتقل ولاؤه عنه لظاهر ما رويناه وكذا ان ولدت لاقل من ستة اشهر لان
التوامين خلقا من ماء واحد فمن ضرورة التيقن بوجود احدهما حين اعتقت التيقن
بوجود الاخر وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث
يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الحمل لا يتبعها في الولاء قصدا لان تمامه بالايجاب
والقبول والجنين ليس من اهله وهنا الجنين بصدد ان يعتق قصدا بان يقول
اعتقت حمل هذه الامة وكذا اذا اعتقها وهو متصل بها فان ولدت بعد
عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها
فيتبعها في الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابنه ومتى ثبت بطريق التبعية ينتقل

ثم هنا العتق ثبت في الولد تبعا للام لانا لم نتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فاذا تبعها
في العتق تبعها في الولا ايضا لعدم اهلية الاب فاذا صار الاب اهلا بالاعتاق عاد
الولا بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا
يورث ثم الولد ينسب الى الاب فكذا في الولاء يكون منسوبا الى من ينسب اليه ابوه
والاب بعد العتق ينسب بالولاء الى معتقه فكذا ولده الا ترى ان ولد الملاعنة
ينسب الى قوم امه للضرورة فاذا ظهر له نسب من جانب الاب بان كذب الملاعن
نفسه صار الولد منسوبا اليه فكذا في الولاء فان قيل الولاء كالنسب والنسب
لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء اولى منه فقدم عليه كما
نقول في الاخ انه عصبة فاذا احدث من هو اولى منه في الارث لا يبطل تعصيبه
ولكنه يقدم عليه وهذا بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة فولدت لاقل من سنتين
من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام فان اعتق الاب
لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالة العلوق من الميت والى ما
بعد الطلاق اما اذا كان بائنا فلحرمة الوطي بعده واما اذا كان رجعيا فلئلا
يصير مراجعا بالشك وهذا لانه لو حمل وطيه في العدة يصير مراجعا ولو حمل على
ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا فلا يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح
وكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل وفي الجامع الصغير معتقة
تزوجت بعبد فولدت منه اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لعتقهم تبعا
لامهم ولا عاقلة للاب ولا موالي فالحق ولاؤهم بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة
فيكون عقله عليهم فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لانه صار له ولاء فزال
المانع فجر الولاء كما مر ولا يرجعون بما عقلوا على عاقلة الاب بخلاف ولد الملاعنة
اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب
والفرق ان النسب انما ثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب فانه
لا يتصور ان لا يكون عند العلوق ولدا لاحد ثم يصير ولدا له بعده فتبين ان النسب
كان ثابتا من الاب حين جنى وان موجب جنايته كان على عاقلته وقد اجبر عاقلة
الام على الاداء فيرجعون عليهم بذلك فاما هاهنا وقت الجناية عاقلتهم

مو الى الام وانما ثبت الولا لقوم الاب مقصورًا على زمان عتق الاب لان سببه وهو عتق الاب
مقصور غير مستند الى وقت سابق فكذا حكمه ثم مس ان قوم الام فضوا دنا على موالى
الاب فلهذا لا يرجع عاقله الام على موالى الاب بشئ حر عجمى نكح معتقه ولم يعتقه احد
فولدت فولاء ولدها لمواليها وكذا ان كان الاب والى رجلا وهذا قول ابى حنيفه
ومحمد وقال ابو يوسف في الفصلين لا يكون الولد مولى لموالى الام ولكنه منسوب
الى موالى ابيه لانه كالنسب والنسب الى الاباء وان كان جانب الام اشرف بان كانت
حرة والاب عجميا وولا الموالاه وان كان اضعف من ولاء العتاقه فهو من جانب الاب ٥
وجانبه اقوى من جانبها بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لان الرقيق هالك حكما فصار
كانه لا اب له فيكون منسوبا الى موالى الام ضرورة ولهما ان ولا العتاقه قوى معتبر
في حق الاحكام حتى اعتبر الكفاءه والنسب في حق العجم ضعيف لان العجم
ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءه فيما بينهم بالنسب لان تفاخرهم ليس بالنسب
ولكن تفاخرهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام كما اشار اليه سلمان
وكذا ولاء الموالاه اضعف ولهذا يقبل الفسخ وولا العتاقه لا يقبله والضعيف
لا يظهر في مقابلة القوى بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان نسب العرب قوى
معتبر في حكم الكفاءة والعقل لان تناصرهم به ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم
الاب لانهما استويا فترجحنا جانب الاب بالابوه لانه شبيه بالنسب او لان النصرة
بقوم الاب اكثر والمعتق اخر العصبات مقدم على ذوى الارحام فكان احق بالميراث من
العمه والخاله لقوله عليه السلم لذلك الرجل الذى اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك
اى في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم ومولاك فان شكرك اى بالمجازاه
على ما صنعت اليه فهو خير لانه انتدب الى ما ندب اليه في الشرع قال عليه السلم من
ازلت اليه نعمة فليشكرها وشر له لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينقص
من ثوابك في الاخره وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله لك في الاخره
وشر له لان كفران النعمه مذموم قال عليه السلم من لم يشكر الناس لم يشكر الله
وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة على سبيل
العصوبه مع قيام بنت المعتق لان الباقى بعد نصيب صاحب الفرض

للعصبه فثبت بهذا ان المعتق عصبه والعصبه مقدم على ذوى الارحام وهو المروى
عن على رضى الله عنه فاذا كان للمعتق عصبه من النسب فهو اولى لانه المراد بقوله
عليه السلم ولم يترك وارثا وارث عصبه بدليل توريث بنت حمزة فكان اخر
العصبات مقدم على ذوى الارحام وان لم يكن له عصبه من النسب فان كان هناك
صاحب فرض فله الباقى بعد فرضه وان لم يكن صاحب فرض فميراثه للمعتق وهذا
لانه عصبه وهو من ياخذ ما ابقته الفرائض وعند الانفراد يحرز جميع المال ولا يرث
ابوه وابن ابيه مع ابنه اى لو ترك المولى ابا وابنا فميراث المعتق لابن المعتق خاصه
عند ابى حنيفه ومحمد وهو قول ابى يوسف الاول وعند ابى يوسف اخرا للاب
سدس المال والباقى للابن لان الاب عصبه الا انه مع صاحب فرض فيحصل
ميراث العتق بينهما كميراث المعتق لو مات فيكون للاب السدس والباقى للابن
ولهما ان اقرب عصبه المعتق يقوم مقام المعتق بعصوبته في ميراث المعتق والابن
اقرب عصوبه ولذا الولا للجد دون الاخ عند ابى حنيفه لانه اقرب عصوبه
عنده وكذا الولا لابن المعتقه حتى يرثه دون اخيها اى لو اعتقت امراه عبدا ثم ماتت
وتركت ابنها واخاها ثم مات المعتق ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن لانه اقرب
عصبتها وان جنى جنايه فعقله على عاقلة الام لان جنايه معتقها كجنايتها وجنايتها
على قوم ابيها فكذا جنايه معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابا ٥
وبنى ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بنى الابن وصورته رجل اعتق
عبدا ثم مات وترك ابنين ثم مات احد الابنين وترك ابنين ثم مات احد الابنين
وترك ابنا ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتق لصلبه دون ابنه لان ابن المعتق
لصلبه اقرب الى المعتق من ابن ابنه والاصل فيه ما روى عن عمر وعلى
وابن مسعود وابى بن كعب وزيد واسامة رضى الله عنهم انهم قالوا الولا للكبر اى
لاكبر اولاد المعتق والمراد اقربهم منه نسبا لا اكبرهم سنا وميراث المعتق
لبنى المولى دون بناته ليس للنساء من الولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن
او كاتبن او كاتب من كاتبن وقد روى مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بهذا اللفظ وفي اخره او جر ولاء معتقهن وقد بينا صورة الجر ولان سبب

النسبة الولاء لا صلات قوة المالكية بالعتق وقد تخلو ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف
النسب لان سببه الفراش وصاحب الفراش الرجل لا المراة لانها مملوكة فلا
تكون صاحبة الفراش ولانها الاصل في هذا الولاء لمباشرتها سببه وكما ان
المراة في ملك المال تساوي الرجل فلذا فيما يترتب عليه بخلاف النسب فان سببه
وهو الفراش يثبت بالنكاح في الاصل والمراة لا تساوي الرجل في ملك النكاح
لانها بصفة الانوثة مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة نكاحا واذا ثبت انها اصل
في هذا الولاء كان ميراث معتقها لها وكذا ميراث معتق معتقها لان معتق المعتق
ينسب الى معتقه بالولاء وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو
لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث لما روينا وكان استحقاق الارث
بالولاء لمن هو منسوب اليه حقيقة لم يخلفه فيه اقرب عصبته كما يخلفه في ماله وهذا
لان السبب هو النصرة كما بينا والنصرة لا تحصل بالبنات وانما تحصل بالعصبات
الا ترى ان النساء لا يدخلن في العاقلة عند تحمل ارش الجناية فكذا هنا ٥

فصل في ولاء الموالاة اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه و يعقل
عنه او اسلم على يد غيره ووالاه صح الولاء وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره
فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليست بسبب للارث اصلا لان الارث
يتعلق بالقرابة او الزوجية بالنص او بالعتق بالحديث ولم يوجد واحد منها ولانه لولا
الولاء لكان ارثه لبيت المال فكان هذا تصرفا قصد به تغيير وضع الشرع فلا يصح
ولهذا لا يصح على الورثة فكذا على بيت المال لانه بمنزلة الورثة عند عدمهم
ولهذا لا تصح الوصية بكل المال عنده وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما
يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم اي نصيبهم
من الميراث والمراد به الموالاة وليس المراد بقوله عقدت ايمانكم القسم بل المراد
الصفقة المعتادة ان المتعاقدين ياخذ كل واحد منهما يمين صاحبه اذا عاقده وقد
سال تميم الداري رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد رجل ووالاه
فقال هو احق الناس به محياه ومماته اي يعقل عنه حال حيوته ويرثه بعد المماة
وعن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا بالتوريث بولاء

الموالاة ولم يرو عن غيرهم خلافه ولانه متى استغنى عن ماله فله صرفه الى اقرب الناس اليه
وهو اقرب الناس اليه باحسانه والصرف الى بيت المال لا لانه مستحق بل لضرورة
عدم المستحق وله مستحق هنا وهو اخر ذوي الارحام حتى لو كان له وارث فهو اولى
منه وان كان عمة او خالة او غيرهم من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يملك
ابطال حق المستحق عن ماله بعقده وذو الرحم وارث مستحق فلا يملك ابطال حقه بعقده
وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها ان يشترطا الميراث والعقل لان عقد الموالاة
يقع على ذلك فلا بد من ذكره ولو شرطا الارث من الجانبين كان كذلك وسواء كان
من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل
من الاعلى لان سببه الاحياء وذا وجد من الاعلى في حق الاسفل ولم يوجد من الاسفل
في حق الاعلى وهنا السبب هو العقد وشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط
يثبت الحكم ومنها ان لا يكون المولى من العرب لان العربي له نصرة الى نفسه
قبيلته وذا اكد من نصرة الموالاة لانه لا يلحقه الفسخ والاسلام على يديه ليس بشرط
وكذا كونه مجهول النسب عند البعض وذكر الشيخ الامام نجم الدين في تفسير
سورة النساء ان كونه مجهول النسب شرط لصحة عقد الموالاة وللمولى ان
ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لان العقد غير لازم كالوصية ثم الوصية
يلحقها الفسخ فكذا هذا ولكن انما ينقض العقد بحضرته لان العقد لهما فلا
ينفسخ احدهما الا بمحضر من صاحبه كالشركة والمضاربة والوكالة وكذا للاعلى
ان يتبرأ من ولاء الاسفل اذا كان بمحضر منه لان العقد غير لازم من الجانبين فلكل
واحد منهما ان ينفرد بفسخه بغير رضى صاحبه بعد ان يكون بمحضر منه كما في عزل الوكيل
قصدا وان والى الاسفل رجلا اخر كان ذلك نقضا للعقد مع الاول وان لم يكن
بمحضر منه لان انتقاض العقد في حق الاول هنا يثبت حكما لصحة العقد مع الثاني
فصار كالعزل الحكمي في الوكالة بان اعتق العبد الذي وكله ببيعه فان قيل
فلم لا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبا فسخ العقد الاول قلنا لان الولاء
كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذا
الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول واذا عقل عنه

لم يكن له ان يتحول بولايه الى غيره لانه ما اكد لتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به وهو [1] صال
القضا به ولان ولانه التحول لعل ان يعقل عنه باعتبار انه عقد تبرع من حيث انه تبرع
بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا اعقل عنه صار كالعوض في الهبة وكذا
لا يتحول ولده بعد تحمل الجنايه من ابيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما اذا
ان يتحول لان الجميع وليه كشخص واحد في حكم الولا وليس لمولى العتاقه ان يوالي
احدا لانه ان بطل ولا العتاقه بهذا الولا فهو باطل لانه لازم لا يحتمل النقض
لان سببه العتق وهو لا يحتمل النقض بعد ثبوته وان لم يبطل فلا يفيد لان
ولا الموالاه ادنى فلا يظهر مع الاقوى لا ترى ان ولا العتاقه وولا الموالاه ولو
كانا في شخص يقدم ولا العتاقه في الارث ولا يظهر مع الاقوى فدل انه لا حكم له
مع وجود ولا العتاقه وان والت امراه رجلا فولدت ولدا لا يعرف له اب
يدخل الولد في ولائها وكذا ان اقرت انها مولاه فلان وفي يدها طفل لا يعرف ابوه
يصح اقرارها عليها وعلى ولده ويصيران من موالي فلان وهذا عند ابي حنيفه
وقالا لا يثبت ولا ولدها من مولاها في الصورتين لان الام لا ولايه لها في
ماله ففي نفسه اولى وله ان الولا كالنسب وهو نفع محض في حق الطفل
الذي لم يدر ابوه فيملكه الام كقبول الهبة رجل اقر انه معتق زيد فكذبه
المقر له في الولا اصلا او قال لا بل والبتني واقر المقر له بالولا لا يصح عند ابي حنيفه
خلافا لهما لهما ان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كان لم يكن فله ان يحول
الى غيره وله انه اقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقر له كمن شهد على رجل
وصار كان لم يكن بنسب فردت شهادته لمعنى ثم ادعى الشاهد انه ابنه
لم يصح كذا هنا والله اعلم ٥

كتاب الاكراه

وهو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريده والكره بالفتح اسم منه
وفي الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره ان
كان ملجيا والا لا يفسد ولا يزول به اهليه المكره ولا يسقط عنه الخطاب
لان المكره مبتلى والابتلا يحقق الخطاب الا ترى انه متردد بين فرض وحظر
ورخصه ويأثم مره ويوجر اخرى وهو اية الخطاب وشرطه قدره المكره على ايقاع ما

١٣٧

هدد به سلطانا كان او لصا والذي قاله ابو حنيفه ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان
لان القدره لا تكون بلا منعه والمنعه للسلطان وقد قالوا هو اختلاف عصر
وزمان لا اختلاف حجه وبرهان لان في زمان ابي حنيفه لم يكن لغير السلطان
من القوه ما يتحقق به الاكراه فاجاب بنا على ما شاهد في زمانه وفي زمانهما ظهر
الفساد وصار الامر الى كل متغلب فيتحقق الاكراه من الكل وخوف المكره
وقوع ما هدد به وذا بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير محمولا على ما دعي اليه من
الفعل وحكمه وهو الرخصه او الاباحه او غيرها على ما سياتي مفصلا ان شا الله تعالى
يثبت عند وجود شرطه والاصل ان تصرفات المكره كلها قولا لا ينعقد عندنا
الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجاره يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق
والعتاق والنكاح والتدبير والنذر فهو لازم فاذا عرفت هذا فنقول اذا
اكره على بيع ماله او على شرى سلعه او على ان يقر لرجل بالف او يوجر داره بقتل
او ضرب شديد او حبس مديد ففعل فهو بالخيار ان شا امضى وان شا فسخه ورجع
بالمبيع لان الاكراه الملجي وغير الملجي يعدمان الرضى والرضى شرط صحة هذه العقود
قال الله تعالى الا ان تكون تجاره عن تراض فتفسد عند فوات الرضى بخلاف
ما اذا اكره بحبس يوم او قيد يوم او ضرب سوط لانه لا يصير مكرها بهذا القدر
من الضرب والحبس والقيد لانه لا يبالي به في العاده الا اذا كان الرجل ذا جاه
يعلم انه يستضر به لفوات الرضى وكذا الاقرار خبر محتمل بين الصدق والكذب
وانما صار حجه باعتبار رجحان جانب الصدق على جانب الكذب والاكراه
دليل على انه كاذب فيما يقر به قاصدا الى دفع الشر عن نفسه قال في المبسوط
والحد في الحبس الذي هو الاكراه ما يجي الاغتمام البين به وفي الضرب الذي هو
اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه
لان نصب المقادير بالراي لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم اذا
رفع ذلك اليه فما راى انه اكراه ابطل الاقرار لان ذلك يختلف باختلاف
احوال الناس ثم اذا باع مكرها وسلم طوعا ثبت به الملك للمشتري لان
بيع المكره فاسد والمشتري بالقبض يملك البيع الفاسد فيصير ملكا عندنا

وعندرو لا يثبت الملك لان نفاذ البيع موقوف على الاجازة حتى لو اجاز جاز وفي
البيع الفاسد لا يرتفع الفساد بالاجازة ولا يثبت الملك قبل الاجازة وان اتصل
القبض كما لو باع بشرط الخيار وسلم الى المشتري فانه لا يملك بالقبض واسا
ان ركن البيع هو الايجاب والقبول صدر من اهله لكونه مكلفا في محل قابل
له اذ الكلام فيه والفساد لعدم شرطه وهو التراضي اذ تاثير فوات شرط الجواز
في افساد العقد كما في الربوا فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز
العقد فاذا عدمت المساواة يفسد العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض
فهذا مثله فلو قبض واعتقه او دبره او كانت امة فاستولدها بعد ذلك كله
عندنا ويلزمه القيمة كما في سائر البيوع الفاسدة بخلاف البيع بشرط الخيار
لان شرط الخيار يمنع ابتداء الحكم فلا يمكن القول باثبات الملك وهذا العقد
وقع مطلقا وقضيته مطلق العقد ان يثبت الملك الا انه لما كان فاسدا توقف
على القبض وقوله بانه ينعقد بالاجازة قلنا النفاذ باعتبار سقوط المفسد
وهو عدم الرضا بسبب الاكراه فاذا ارتفع بوجود الرضى نفذ العقد الا ترى انه
لو اجاز بيعا باشره غيره نفذ باجازته فاذا اجاز بيعا باشره بنفسه اولى
الا انه لا ينقطع به حق الاسترداد وان تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك
بخلاف سائر البيوع الفاسدة فانه اذا اشترى شراء فاسدا باجل او خيار مجهول
وباع من اخر لم يكن للبايع الاول حق النقض لان وجوب النقض لحق الشرع
فاذا اشتراه غيره تعلق به حق المشتري فقد اجتمع حقان حق الشرع وحق العبد
فيقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع فاما ههنا فالرد لحق العبد وقد استويا
فيه فلا يبطل حق الاول بحق الثاني ولان البيع الثاني لم يحصل بتسليط البايع
الاول وههنا حصل بتسليط المكره ومن جملة البيع الجائز المعتاد بسمرقند ونواحيها
اي بيع الوفا وهو ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا بما لك علي من الدين
على اني متى قضيت الدين فهو لي من مشايخ بخارا فاسدا باعتبار شرط الفسخ في
البيع فجعله كبيع المكره فيملكه اذا اتصل به قبض المشتري ويبطل بيع المشتري
من غيره لان الفساد باعتبار فوت الرضى فصار كبيع المكره ومن جوز هذا

كشيخ الاسلام عطاء بن حمزة وغيره باعتبار ان غرض المتعاقدين الرهن والاستيثاق بالدين
وهذا يقول البايع لكل من يلقاه قد رهنت ملكي عند فلان والمشتري يقول قد ارتهنت
ملك فلان والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ والمباني بدليل الكفالة بشرط البراءة
والحوالة بشرط المطالبة فقالوا بانه لا يملكه ولا يباح له الانتفاع به الا باذن المالك
وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده وفيه وفا
بالدين ومن جعله باطلا يعتبره بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا
مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه
والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان
ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع ٥
بشرط الوفا او تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك
وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزم
الوفا بالمعتاد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا المعتاد لازما لحاجة الناس
فان كان قبض الثمن طوعا فهو اجازة للبيع لانه دلالة على الاجازة كما في البيع الموقوف
اذا قبض المالك الثمن كان اجازة للعقد وكذا اذا سلم طوعا بان اكره على البيع لا على
الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع
حيث يكون باطلا والحاصل ان الاكراه على الهبة يكون اكراها على الدفع والاكراه
على البيع لا يكون اكراها على التسليم لان مقصود المكره ما تعلق به الاستحقاق
لا صورة العقد والاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض فلم يكن
الاكراه على البيع اكراها على الاقباض فكان الدفع عن اختيار منه وذا دليل
الاجازة واما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض
فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على ما
يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك لا يتضرر به لا صورة العقد وان قبضه
مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رد الثمن ان كان قائما في يده لفساد العقد
بالاكراه وان كان هالكا لا ياخذ منه شيئا لان الثمن كان امانة عند المكره
لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا

قيمته للمالك وهو لم يقبضه للتمليك لانه كان مكرها على قبضه فكان امانة وان هلك
المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع لانه قبضه بحكم عقد فاسد
فكان مضمونا عليه بالقيمة وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لان المكره يصير
آلة للمكره فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث انه كلام لان التكلم بلسان
الغير لا يصح فكان المكره دفع مال المكره الى المشتري فللمكره ان يضمن ايهما شاء
كالغاصب وغاصب الغاصب فالمكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب
فان ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لانه قام مقامه باداء الضمان لان المضمون
يصير ملكا للضامن وقت سبب الضمان فان ضمن احد المشترين وقد تناسخته العقود
نفذ كل شرا كان بعد شرائه لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه باع ملك نفسه ولا
ينفذ ما كان قبله لان استناد ملك المشتري الى وقت قبضه بخلاف ما لو اجاز
المالك المكره عقدا منها فانه ينفذ ما كان قبله وبعده لان المانع من النفاذ حقه
وقد اسقط حقه فيعود الكل جائزا بخلاف ما اذا اجاز المالك في بيع الفضولي
واحدا من الاشربة حيث يجوز ما اجازه خاصة لانه باع كل واحد منهم ملك غيره وقد
صار لواحد منهم ملك ثابت بالاجازة فابطل الملك الموقوف لغيره فهنا كل واحد باع
ملكه اذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق
استرداد المالك فاذا اسقط حقه نفذ الكل ولو اكره على ان ياكل الميتة او الدم
او لحم الخنزير او يشرب الخمر بحبس او ضرب او قيد لم يحل له لان الالجا لا يتحقق به وان
اكره بقتل او قطع عضو او ضرب يخاف منه التلف على نفسه او عضو من اعضائه
حل له ان يقدم على ما اكره عليه لان حرمة هذه الاشيا ثابتة بالشرع وهي
مقيدة بحالة الاختيار فان الله تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله
الا ما اضطررتم اليه والكلام المقيد بالاستثنا يكون عبارة عما وراء المستثنى فظهر
ان التحريم مخصوص بحالة الاختيار وقد تحققت الضرورة هنا لخوفه التلف على
نفسه بسبب الاكراه فالتحقت هذه الاعيان في هذه الحالة بسائر الاطعمة والاشربة
فكان في سعة من تناولها ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به
اثم وعن ابي يوسف انه لا ياثم ولذا قالوا فيمن اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة

حتى مات في ظاهر الرواية يكون اثما وعن ابي يوسف انه لا ياثم فالاصل عند ابي يوسف ان الاثم
نفي عن المضطر ولا ينكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد
فلا اثم عليه وقال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان
الحرمة بصفة انها ميتة او خمر وبالضرورة لا تزول لذلك فاذا امتنع كان امتناعه
من تناول الحرام فلا ياثم لانه تمسك بالعزيمة ووجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا
تتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم
الا ما اضطررتم اليه فلما ان يكون التعبير بالكلام عبارة عما ورا المستثنى وقد كان مباحا
قبل التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة ونقال الاستثنا من التحريم اباحة واذا
ثبتت الاباحة في حالة الضرورة لم يكن رخصة وكان امتناعه من التناول حتى تلف
كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فلا ياثم الا انه ياثم اذا علم بالاباحة
في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفا فكان الاجتهاد فيعذر بالجهل فيه كالجهل
بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب وان اكره على الكفر بالله او سب النبي صلى
الله عليه وسلم بقتل او قطع رخص له اظهار كلمة الكفر فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن
بالايمان فلا ياثم لحديث عمار بن ياسر فان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى سب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الهتهم بخير ثم تركوه فلما اتى رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ما وراك قال شر ما تركوني حتى نلت منك وذكرت
الهتهم بخير فقال كيف تجد قلبك قال اجده مطمئنا بالايمان قال صلى الله عليه وسلم
فان عادوا فعد اي فعد الى طمانينة القلب بالايمان وقيل فعد الى ما كان منك
من النيل مني وذكر الهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم
انه يامر احدا بالتكلم بكلمة الشرك وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن
بالايمان ولان حرمة الكفر لا يحتمل السقوط وفي هتك الظاهر مع قرار القلب
ضرب خيانة لكنه دون القتل لان في ذلك هتك صورة وهذا هتك
صورة ومعنى فوجبت الرخصة وبقي الكف عنه عزيمة لبقا الحرمة نفسها لتناهي
قبح الكفر فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مثابا لانه لما بقيت الحرمة صار

باذ لا نفسه لاعزاز دين الله متمسكا بالعزيمة فكان شهيدا واذا ترخص فقد ترخص بالادنى
صيانة للاعلى الا ترى ان خبيب بن عدي لما امتنع حتى قتل سماه رسول الله صلى الله
عليه وسلم افضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة وقصته ان المشركين اخذوه وباعوه
من اهل مكة فجعلوا يعاقبونه على ان يذكر الهتهم بخير ويسب محمدا وهو يسب الهتهم
ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير حتى قتلوه فان قيل كما استثني حالة الضرورة
في الميتة استثني حالة الاكراه هنا قلنا ثمة استثني من الحرمة فكان مباحا فلم يكن
رخصة وذكر في الكشاف من كفر بالله شرط مبتدا وحذف جوابه لان جواب من
شرح دال عليه كانه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الا من اكره ولكن من شرح بالكفر
صدرا فعليهم غضب من الله وان اكره على الكفر او السب بقيد او حبس او ضرب
لم يحل له ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف به على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه
بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لان حرمته تنكشف به ففي الكفر وحرمته
لا تنكشف به اولى وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو
من اعضائه رخص له ذلك لان حرمة النفس فوق حرمة المال فاستقام ان يجعل وقاية له
ولكن اخذ مال الغير واتلافه ظلم وعصمة صاحبه فيه باقية فبقي حراما في نفسه لقيام
دليله فالرخصة ما تستباح بعذر مع قيام المحرم فان صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لدفع
الظلم ولاقامة حق محترم فصار مثابا شهيدا وان اكره عليه بالحبس او بالضرب لا
يسعه ذلك لانه لا يوجب الالجاء ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره
يصلح آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل فكان المكره اخذ المكره
واتلف ماله وان اكره على قتل غيره بقتل لم يرخص ولم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل
فان قتله كان آثما لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه في ذلك
سواء فسقط الكره في حق تناول دم المكره عليه للتعارض والقصاص على المكره
ان كان عمدا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره دون المكره لان القصاص
يجب على القاتل وهو المكره حقيقة لان القتل فعل محسوس وهو قد تحقق من المكره
والعيان يشهد لهذا ومن انكره فقد انكر الحس فاذا تحقق منه الفعل يواخذ بفعله الا

اذا اسقط حكم فعله واضيف الى غيره شرعا كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه
سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وهنا لم يسقط حكم فعله بل تقرر الشرع
حكمه عليه بدليل انه يأثم اثم القتل واثم القتل على من باشر القتل وقال الشافعي يجب
القصاص عليهما اما على المكره فلما قاله زفر واما على المكره فلحصول التسبيب
الى القتل منه حيث احدث فيه معنى كان حاملا له على القتل والتسبيب التام نزل
منزلة المباشرة في وجوب القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص على شهود
القصاص اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة الزجر والردع والقتل
غالبا يقع بالاكراه سيما من المتغلبة والاكابر فلو لم يجب القصاص لا نسد بابه في
موضع يكون الحاجة الى الحاجة الزجر وقال ابو يوسف لا يجب القصاص على واحد
منهما لان القتل بقي مقصودا على المكره من وجه حتى اثم اثم القتل واضيف الى المكره
من وجه من حيث انه حمل المكره عليه وصار هو فوق ما له الفعل يوجب طبعه
ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت الشبهة في الجانبين
فلا يجب القصاص ولهما ان المكره ملجأ الى هذا الفعل فيصير آلة للملجئ فيما يصلح
ان يكون آلة له فلا يلزم الآلة شيء من الضمان كما في اتلاف المال فان الضمان
يجب على المكره والمكره آلة له حتى لا يكون عليه شيء من حكم الاتلاف والمكره
يصلح ان يكون آلة للمكره في القتل بان ياخذ بيده مع السيف فيقتل به غيره وبقدر
الالجاء انه صار مجبورا على ذلك الفعل بالتهديد بالقتل لانه مجبول على حب حياة
نفسه وايثارها على حياة غيره فيفسد اختياره فيلحق بالآلة التي لا اختيار لها
وينسب الفعل الى من افسد اختياره وحمله على هذا الفعل لا الى الآلة فلا يكون
على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة الا ترى ان قوله تعالى يذبح ابناءهم فقد
نسب الفعل الى اللعين وهو ما كان يباشره صورة ولكنه كان يأمر به
وامره اكراه ولا يصلح ان يكون آلة في حق الاثم لان القتل من حيث انه يوجب
الماثم جناية على دين القاتل لانه انما اكرهه ليجني على دينه فلو اضيف اليه لصار جناية
على دين المكره وفيه بطلان الاكراه فبقي الفعل من حيث انه جناية على الدين
مقصورا على المكره ومن حيث الاتلاف مقصورا الى المكره لانه يصلح آلة
منزلة الاله

كما في الاكراه على الاعتاق ينقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يجب الضمان على المكره
ومن حيث الاعتاق بقي مقصورا على المكره حتى يكون الولاء له وصار كما لو اكره مجوسيا
على ذبح شاة الغير فانه يصير الة من حيث الاتلاف ولم يصر الة من حيث الذكوة حتى
لا يحل تناوله اذا اكره ان يطلق امراته او يعتق عبده ففعل وقع الطلاق والعتق
عندنا خلافا للشافعي لان تصرفاته لغو عنده كتصرفات المجنون وقد حققناه في
الطلاق والولاء للمعتق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه في التكلم بالعتق لا يصلح ان
يجعل الة للمكره لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فبقي تكلمه مقصورا عليه فيصير به معتقا
والولاء لمن اعتق وهذا لان الاكراه الملجي وان يفسد الاختيار ولكنه لا يخرجه من
ان يكون مخاطبا فيما يمكن نسبته الى المكره وهو الاتلاف يجعل المكره الة له
فيضاف اليه ترجيحا للاختيار الصحيح على اختيار الفاسد ويجعل الفاسد معدوما في
مقابلته وصار بمنزلة عدم الاختيار وفيما لا يمكن نسبته الى المكره بقي مضافا الى المكره
بما له من الاختيار الفاسد لانه صالح لذلك الا ترى ان هذا القدر من الاختيار
صالح للخطاب وله ان يضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا
يختلف باليسار والاعسار ولا سعاية على العبد لان السعاية على العبد انما
تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير به ولم يوجد واحد منهما لان العتق نفذ فيه
من جهة مالكه ولا حق لاحد في ماله بخلاف المريض اذا اعتق عبده وعليه دين
لان السعاية تجب ثم لحق الغرماء وبخلاف الراهن اذا اعتق المرهون وهو
معسر فانه تجب السعاية لحق المرتهن ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لان
الضمان وجب عليه باتلافه فلا يرجع على غيره ويرجع بنصف مهر المراة ان لم يطاها
والمهر مسمى وان لم يكن مسمى يرجع بالمتعة لان المتقرر عليه ما كان على شرف السقوط
بارتدادها وتقبيل ابن زوجها فصار كانه اخذ ذلك المقدار من ماله واتلفه بخلاف
ما اذا دخل بها لان المهر تاكد بالدخول فبقي مجرد الاتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال
فلا يضمن بالمال ولو اكره على ان يوكل رجلا بطلاق امراته التي لم يدخل بها او
يعتق عبده ففعل الوكيل فالتوكيل جائز استحسانا وينفذ تصرف الوكيل والقياس
ان لا تصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه

الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه لانهما ينفيان الرضى والوكالة تبطل
بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات اذ الموكل يسقط حقه بالتفويض
اليه فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ثم يرجع المكره على المكره بقيمة العبد وبنصف المهر
استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على التوكيل وزوال الملك
لا يثبت به اذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الاتلاف اليه كما اذا شهد
شاهدان فلانا وكل بعتق عبده فاعتقه الوكيل ثم رجعا فانهما لا يضمنان ووجه
الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصوده
فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه ولو اكره بوعيد تلف على ان
يعتق نصف عبده فاعتق كله فهو مختار ولا شي على المكره عند ابي حنيفة لان الاعتاق
يتجزى عنده وما اتى غير ما اكره عليه فلا يصير الاتلاف منسوبا الى المكره الا ترى
ان عنده لو امر رجلا ان يعتق نصف عبده فاعتق كله كان باطلا وعندهما المكره
ضامن لقيمة العبد لانه لا يتجزى عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق
الكل ولو اكره على ان يعتق كله فاعتق نصفه يضمن نصف قيمة عبده وعندهما
يضمن الكل لان اعتاق النصف كاعتاق الكل عندهما وله انه اتى ببعض
ما اكره فكان حكم الاكراه ثابتا فيما اتى به والنذر لا يعمل فيه الاكراه حتى لو
اكره بوعيد تلف على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجا او شيئا يتقرب
به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا ان اكرهه على اليمين بشي من ذلك او
بغيره لان النذر مما لا يحتمله الفسخ لانه يمين بقوله صلى الله عليه وسلم النذر يمين
وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه
من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان اثر الاكراه في فوات الرضا واثره
فيه في عدم اللزوم واثره في ثبوت حق الفسخ فيما لا يحتمل الفسخ لا يتاتى فيه اثر الاكراه
فلا يؤثر فيه الاكراه ولا يرجع على المكره بما يلزم من ذلك لانه اوجب عليه حكما يطالب
به في الاخرة ولا يظهر اثره في الدنيا من حيث الالزام فلو اوجبنا عليه الضمان لاخذ

الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز وكذا لو اكره على ان يظاهر
من امرأته كان مظاهرا ولا يقربها حتى يكفر لان الظهار من اسباب التحريم كالطلاق
فيستوي فيه الهزل والجد والاكراه والطوع وكذا الرجعة لانها استدامة للنكاح
فكانت ملحقة به وكذا الايلاء لانه يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع كل واحد
منهما وكذا الفيء فيه لانه يصح مع الهزل لانه كالرجعة في الاستدامة والخلع من جانب الزوج
طلاق او يمين فلا يؤثر فيه الاكراه وهذا لان الاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جعل فكذا
بالجعل فلو كان مكرها على الخلع والمرأة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته طائعة بازاء
ما سلم لها من البينونة وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه
السلطان وعندهما لا يجب الحد وقد مر في الحدود وان اكره على الردة لم تبن
زوجته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم به
والاكراه دال على عدم تغير الاعتقاد فلم يحكم بالردة فلم تبن امرأته منه فان قالت المرأة قد بنت
منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول له استحسانا لانه منكر
للفرقة بخلاف ما لو اكره النصراني على الاسلام فانه يصير مسلما لانه وجد احد الركنين وفي
الركن الثاني احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا فاما الردة فتعتمد محض الاعتقاد
وقد وقع الشك في اعتقاد الكفر فلا يثبت بالشك احتياطا ورجحنا الاسلام في الحالين
لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم
ولو اكره على الاسلام حتى اسلم ثم رجع عن الاسلام لا يقتل لانه لما تمكنت الشبهة اعتبرنا
الاسلام ودرأنا القتل لاحتمال عدم الردة ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر
خطر ببالي في قولي كفرت بالله ان اخبر عن امر ماض كذبا ولم اكن فعلت ذلك فيما مضى
بانت منه امرأته حكما ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى لانه اخبر اني بغير ما اكره
عليه فصار في ذلك طائعا ومن اقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عنيت به كذبا لا
يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين ربه لانه نوى ما يحتمله
لفظه كذا هنا ولو قال خطر ببالي الاخبار عما مضى وما اردت به الخبر بل اردت به
الانشاء كما طلب مني فقد اقر بالكفر حقيقة لانه بعدما خطر هذا بباله قد تمكن من
الخروج عما ابتلي به فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان بمنزلة من اجرى كلمة الشرك طائعا

فتبين امرأته منه في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولو قال لم يخطر ببالي شيء ولكني كفرت بالله
كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه فعل ما فعل مضطرا مكرها وهو مرخص
في ذلك اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان وكذا اذا اكره على الصلوة للصليب اي يسجد لهذا
الصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال خطر ببالي الصلوة لله وسب
رجل آخر ونويت به ذلك بانت منكوحته في الحكم ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى ولو صلى
للصليب وسب محمدا وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانت منه امرأته ديانة
وقضاء لانه امكنه دفع ما اكره عن نفسه فاذا لم يفعل كان مختارا قال في المبسوط وهذه
المسألة تدل على ان السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وان لم يخطر بباله شيء وصلى
للصليب او سب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن منكوحته لا قضاء ولا ديانة لانه فعل مكرها
لانه تعين ما لاكراه عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذا لم يخطر بباله غيره ولو قال لاقتلنك
او لتلقين نفسك في النار او من الجبل والا لقاتلتك لا يجوز له ولكن فيه نوع خفة
فان شاء فعل ذلك وان شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند ابي حنيفة لانه ابتلي بين بليتين
فيختار ما هو اهون في زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعي في اهلاك
نفسه فيصبر تحاميا عنه واصله ان الحريق اذا وقع في سفينة وعلم انه لو صبر فيه احترق
ولو اوقع نفسه في الماء غرق فعنده يختار ايهما شاء وعندهما يصبر ثم اذا القى نفسه
في النار فاحترق فعلى المكره القصاص عنده للاكراه وعندهما لا قصاص لانه
مختار وان اكره على ان يقطع يد رجل بحديدة ثم قطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه فمات
المقطوع من ذلك وجب القصاص على القاطع والمكره لانه مات بفعلين احدهما
اسند الى المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين وعند ابي يوسف عليهما
الدية في مالهما لان في قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر ما لا ضرورة
ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل او لاقتلنك بالسيف فالقى نفسه فمات
فعند ابي حنيفة تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشره لا يجب عليه القصاص
لانه قتل بالمثقل عنده وان كان يوجب القصاص ولكن لا قصاص عنده في
الاكراه وفيه الدية على المكره في ماله وعند محمد يجب القصاص على المكره لانه كالقتل
بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده ولو قال لآخر اقتلني فقتله تجب الدية

في ماله في الصحيح وهو رواية الاصل لان الاباحة لا تجري في النفوس فكان ينبغي ان يجب القصاص
كما قال زفر وانما سقط للشبهة باعتبار الاذن فيجب الدية في مال القاتل لانه عمد
والعاقلة لا تتحمله وفي رواية لا يجب شي لان نفسه حقه وقد اذن باتلاف حقه فصار
كما لو اذن باتلاف ماله وثم لا يضمن فكذا هنا واذا اكره الولي والمراة على التزويج
بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه ورضيت المراة ولم يرض الولي فللولي طلب الفراق
عند ابي حنيفة لان التبلغ الى مهر المثل حق الاولياء لانهم يتعيرون بالنقصان وقالا ليس
له ذلك لان المهر خالص حقها حتى يملك هبته ان

كتاب الحجر

هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنعه عن القبائح
قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل وفي الشرع منع عن التصرف
قولا لصغر او رق وجنون فان الله تعالى خلق الورى وميز بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوي
النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى
كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي فاثبت الحجر
عليهم نظرا فلا يصح تصرف صبي الا باذن وليه لعدم عقله او لنقصانه اذا صار
مميزا غير انه باذن الولي يجبر النقصان فالتحق بالبالغ ولا تصرف عبد الا باذن سيده
رعاية لحق سيده لئلا يتعطل منافع مملوكه ولا يملك رقبته بتعلق الدين به لان رقبته
ملك المولى لكنه اذا اذن في التصرف جاز لانه رضي بفوات حقه ولا تصرف
المجنون المغلوب بحال اي الذي لا يفيق اصلا لفقدان الاهلية لانها بالعقل
والتمييز بخلاف العبد فانه اهل في نفسه وانما المنع لحق المولى وبخلاف الصبي فانه
بصدد اهليته فلهذا انفذ تصرفهما باذن المولى والولي وتصرف المجنون المغلوب
لا ينعقد اصلا لانه عدم العقل لا الذي يصاب به عادة ومن باع من هؤلاء شيئا او
اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة
وان شاء فسخ والمراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وهو
المعتوه الذي يصلح ويبلغ عنه وهو يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح
المصلحة على المفسدة لا الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقته الاجازة

لعدم الانعقاد وبقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشرى
بعكسه وبقوله ويقصده اي يقصد اثبات حكمه وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد
حكمه وهذا لان التوقف في تصرف العبد لحق المولى وفي الصبي والمجنون لحقهما فيجري
المصلحة في تصرف هؤلاء لا ذا ان يعقل البيع ليحصل ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة
فان قيل التوقف يستقيم في البيع اما الشرى فلا يتوقف بل ينفذ على المباشر فيعقد
عليه كالفضولي اذا اشترى مال الاخر فانه ينعقد عليه ولا يتوقف اما اذا لم يجد نفاذا
لعدم الاهلية كما في الصبي والمجنون او لضرر المولى كما في العبد فانه يتوقف وهذا لان
الشرى يلزم العاقد فيعقل من جهة الى الامر اذا وجد الامر لما مر ان الوكيل
بالشرى يصير كالمالك من موكله فاذا كان بغير امر ينفذ على العاقد ولا ينتقل الى الغير
وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها
حسا ومشاهدة فانه اذا قتل انسانا او قطع يده او اراق شيئا لا يمكن ان يجعل القتل
والقطع والاراقة كالعدم لانه يؤدي الى ان لا يكون المقتول والمقطوع والمراق مرادا
مقتولا ومقطوعا ومراقا وهو دخول في السوفسطائية وانكار الحقائق بخلاف الاقوال
فان اعتبارها بالشرع اما الانشاء فظاهر اذ الطلاق والاعتاق والبيع والهبة
ونحوها لا تؤثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع واما
الاقرارات كالاقارير والشهادات فوجوبها عرف شرعا لانها دلالات على المخبر به
فيجوز ان لا يبقى دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها ولان القصد شرط
اعتبار القول اذ الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام
لا يوجد الا بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون لهما
قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فالنائم اذا انقلب على مال انسان
فاتلفه يضمن وان عدم القصد الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يسقط بالشبهات
كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون
حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص
بالقتل فلا يصح عقود الصبي والمجنون واقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما وعتاقهما
لما مر في الطلاق والعتاق ولا يتوقفان على اجازة الولي ولا ينعقدان بمباشرة الولي

لانهما من المضار فلا يتوليهما ولا وقوف للولي على مصلحة الطلاق لان ذا يعتمد العلم بتباين
اخلاقهما وتنافر طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للولي بذلك بخلاف سائر
العقود لامكان الوقوف على المصلحة ولو اتلف هؤلاء الغير يضمنون احياء لحق المتلف
عليه في المحل المعصوم وهذا لان لا حجر في الافعال فانعقد الاتلاف موجبا للضمان
وان عدم القصد من الصبي والمجنون الا ترى ان الحائط المائل بعد الاشهاد اذا اتلف به
شي يضمن صاحب الحائط وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه واما العبد فاقراره نافذ
في حق نفسه لقيام اهليته للزومه مكلفا غير نافذ في حق سيده رعاية لحق سيده وهذا لان
نفاذه في حقه لا يخلو عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكلاهما للسيد فلا يستحق باقراره
لان اقرار الانسان لا يصل على غيره الا بولاية ولا ولاية للعبد على المولى فان اقر بمال لزمه
بعد الحرية لتحقق الاهلية بالعقل والبلوغ وانتفاء المانع ولم يلزمه في الحال لتحقق المانع
وان اقر على نفسه بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقى على اصل الحرية في حق الحدود
والقصاص لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي وان كان
مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما واذا ابقي على اصل الحرية فيهما
نفذ اقراره فيهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عليه السلام
لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص
قلنا لما بقي على اصل الحرية فيهما يكون هذا اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى
بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي ان يصح ولا يقال انه خص عنه الاقرار بالمال لان
النص لم يتناوله اذ اقراره بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه
فان قيل يحمل النص على الحر دفعا للتناقض قلنا نحمل الاثر على غير هذه
الصورة دفعا للتناقض ويقع طلاقه لما روينا ولقوله صلى الله عليه وسلم
كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه ولانه يختص بالانسانية فكان كالحر فيه

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان
مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة اعلم ان الحجر عند ابي حنيفة
رضي الله عنه على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والفسوق والغفلة

وعند

وعندهما لا يجوز بغير الفسق وعند الشافعي يجوز بالكل وانما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا تصح مع
الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والهبة والصدقة ونحو ما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ
كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجماعا وكذا الاسباب الموجبة للعقوبة
كالحدود والقصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما
يدل عليه الحجى والسفه من عادة التبذير والاسراف في النفقة وان يتصرف تصرفات لا
لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغني
واللعاب وشرى الحمامة الطيارة بثمن غال والغبن في التجارات من غير محمدة واصل المسامحات
في التصرفات والبر والاحسان مشروع الا ان الاسراف حرام كالاسراف في الطعام
والشراب قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا واما الكلام
في الحجر على السفيه والمنع من التصرف في ماله فلهم انه مبذر في ماله بصرفه لا على
وجه يقتضيه العقل والحكم فيحجر عليه نظرا له لدينه لا لسفهه كالصبي بل اولى لان
الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير منه وهنا قد تحقق التبذير واعتبر بمنع المال فان منع
المال عنه بطريق النظر له فكذا الحجر عن التصرف وهذا لان منع المال غير مقصود لعينه بل
لابقاء ملكه ولا يحصل هذا المقصود مع بقاء مطلق التصرف لانه يهبه لغيره ويبيعه
بغبن فاحش وبامر الولي بالتسليم اليه ولانه حر مخاطب فكان مطلق التصرف
في ماله كالرشيد وهذا لان الحرية امارة المالكية والخطاب امارة القدرة على التصرفات
لانه دليل اعتبار عقله وهو دليل القدرة على التصرف فانه كلام يلزم واعتبار الكلام
بالتمييز واللزوم بالخطاب وفي ابطال ولايته اهدار ادميته والحاقه بالمجانين
والبهائم فلا يجوز دفعه بتطويل الضرر فيه اعظم من ضرر التبذير لان الانسان انما باين
سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى بل يدفع الاعلى
بالادنى حتى روي عنه انه يجوز الحجر على المفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل والمتطبب
الجاهل والمكاري المفلس لان فيه دفع الضرر العام فالمفتي الماجن يفسد على
الناس دينهم والمتطبب الجاهل يفسد ابدانهم والمكاري المفلس يتلف اموالهم فانه
لو ماتت دابته في الطريق وليس له اخرى ولا يمكنه شرى اخرى ولا الاستئجار
فيؤدي الى اتلاف اموال الناس فيدفع الاعلى بالادنى والاعتبار بمنع المال باطل

لانه لا يسب غير معقول المعنى لانه منع المال عن مالكه والملك هو المطلق الحاجر فمنع المالك
عن التصرف فيه وتجويز تصرف غيره فيه غير معقول ولانه عقوبة شرعت زجرا له عن
التبذير فلا يحتمل المقايسة ولان اليد للادمي على المال نعمة زائدة والاطلاق الثابت في
التصرفات نعمة اصلية ولا يقاس ابطال اعلى النعمتين على ادناهما وكذا الصبي لانه
لما كان عاجزا عن النظر لنفسه احتجنا الى نصب الغير وليا له فصار موليا عليه ضرورة
والمولى عليه لا يلي التصرف والسفيه قادر على النظر لنفسه بكمال عقله وان كان يعدل
عن سنن العقل لهواه ومنع المال عنه مفيد لان التبذير انما يكون في الهبات والصدقات
عادة وذا لا يتم الا بالقبض ولا قبض الا باليد ولا يدوم المنع فان قيل جعل الله
للسفيه وليا في قوله تعالى فليملل وليه بالعدل قلنا السفيه هو المجنون عندك وعليه
كثير من اهل التاويل ولو حجر القاضي عليه ثم رفع ذلك الى قاض اخر فابطل حجره فاطلق عنه
جاز اطلاقه لان القاضي الاول ما قضى بشيء حتى يقال قضى في فصل مجتهد فيه فنفذ
قضاؤه بل الحجر منه فتوى وليس بقضاء لان القضاء لا بد له من مقضي له ومقضي عليه
لانه لقطع المنازعة فلا بد من منازعة حتى يقطع ولم يوجد فيه كما كان ولئن كان
قضاء فنفس الحجر على السفيه مجتهد فيه فانه باطل عند ابي حنيفة ونفس القضاء
كان مجتهدا فيه فيتوقف على امضاء غيره كما مر في كتاب القضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر
الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله لاتصال
الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم
اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا
بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله
ابدا حتى يونس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه لقوله تعالى فان انستم منهم رشدا
فادفعوا اليهم اموالهم امر بدفع المال اليهم عند ايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبله
لان المعلق بالشرط عدم قبل وجوده ولان منع المال قبله لعلة السفه فيبقى
ما بقي العلة ويزول بزوال العلة اذ العبرة لقيام العلة وزوالها لا للزمان
وله قوله تعالى واتوا اليتامى اموالهم والمراد به بعد البلوغ فهو تنصيص على
وجوب دفع المال بعد البلوغ الا انه منع عنه ماله قبل هذه المدة بالاجماع ولا

١٤٤

اجماع هنا فيجب دفع المال بالنص والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عندنا على ان الشرط رشد
وقد اصابه الشرط في حكم الوجود بوجه وجب جزاؤه واول احوال البلوغ قد لا يفارقه احوال
السفه باعتبار اثر الصبي وبقاء اثره لبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة
والتجربة لم يبق اثر الصبي وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال لبه فقد
روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين وقال اهل الطبائع
من بلغ خمسا وعشرين فقد بلغ رشده الا ترى انه يصير جدا في هذا السن لان ادنى
ما يحتلم الانسان اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ولد في ستة اشهر ثم يحتلم ابنه في اثنتي عشرة سنة
ثم يولد لولده اي بعد ستة اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولهذا قال ابو حنيفة
لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لم يمنع منه المال لان هذا ليس باثر الصبي فلا يعتبر في
منع المال عنه ولان منع المال عنه على سبيل التاديب له والاشتغال بالتاديب عند
رجاء التاديب فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فقد انقطع رجاء التاديب فلا معنى لمنع
المال بعده ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما
اذا صح الحجر لا ينفذ اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم
لان تصرفه ليس بباطل بل هو موقوف لاحتمال وقوعه مصلحة فاذا راى الحاكم وقوعه
مصلحة اجازه والا رده كتصرف الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر
القاضي جاز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده لان علة الحجر
السفه وهو متحقق في الحال فيترتب عليه موجبه بدون حجر القاضي كالصبي
والمجنون وابو يوسف يقول السفه علة استحقاق الحجر لا علة الانحجار وسمي
به الحجر والانحجار لا يكون الا بحجر القاضي عليه وهذا لان الحجر عليه متردد بين الضرر
والنظر ففي ابقاء الملك له نظر وفي اهداره قوله ضرر فلا بد من القضاء لترجيح احد الجانبين
على الاخر وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه
عندهما وعند الشافعي لا ينفذ وهذا الاختلاف بناء على كيفية الحجر فعندهما
المحجور عليه بسبب السفه في التصرفات كالهازل فان الهازل يخرج كلامه
على غير نهج العقلاء لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله
فكذا السفيه يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة

العقل لا لنقصان في عقله وكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل تصرف يؤثر
فيه الهزل وهو ما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ منه وعند
الشافعي الحجر بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته سوى الطلاق
كما ان الرقيق لا ينفذ شيء من تصرفاته سوى الطلاق والاعتاق لا ينفذ من الرقيق
فكذلك من السفيه واذا نفذ عندهما فعلى العبد ان يسعى في قيمته وهذا قول محمد وهو
قول ابي يوسف الاول لان الحجر على السفيه لمعنى النظر له كالحجر على المريض فانه لاجل النظر
لغرمائه وورثته ثم هناك اذا اعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه او في ثلثي قيمته
لورثته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لان رد العتق واجب لمعنى النظر وقد
تعذر رد عينه فيجب نقضه بمعنى ايجاب السعاية كذا هنا وفي قول ابي يوسف
الآخر وهو رواية عن محمد ليس عليه السعاية لانه لو سعى لسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه
السعاية لمعتقه بحال وانما يلزمه السعاية لحق غيره ولو دبر عبده جاز تدبيره لان
التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا ان هناك يجب عليه
السعاية في قيمته وهنا لا يجب السعاية ما دام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير
بقي مملوكا له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه لا مال على ملكه
والمولى لا يستوجب على مملوكه دينا فتعذر ايجاب النقصان عليه الا ترى انه لو دبر
عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولا يجب المال فان مات المولى ولم يؤنس منه
الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه بموت المولى عتق وكأنه اعتقه في حياته فعليه
السعاية في قيمته والعتق لاقاه مدبرا فيسعى في قيمته مدبرا كما لو اعتقه بعد
التدبير فان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة ام
ولد له لان توفير النظر في الحاقه بالمصلح في حكم الاستيلاد لانه يحتاج الى ذلك
لابقاء نسله وصيانة مائه ويلحق في هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعى نسب
ولد امته كان هو في ذلك كالصحيح حتى انها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هي
ولا ولدها في شيء لان حاجته مقدمة على حق غرمائه بخلاف ما لو اعتقها ولو لم
يكن معها ولد فقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها فان مات
سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لامته وليس معها ولد هذه ام ولدي

وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت النسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير
فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد فانه لا شاهد لها هنا
وانما هو اقرار لها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى
في قيمتها بعد موته كما لو اعتقها وان تزوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل
فلا يؤثر فيه السفه فان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان
التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة النكاح وجوب مقدار مهر المثل فاما الزيادة
على ذلك فلا ضرورة فيه وهو التزام بتسميته ولا نظر له في هذا الالتزام فلا
تجب الزيادة كالمريض اذا تزوج امرأة باكثر من مهر مثلها يلزمه من المسمى
مقدار مهر مثلها ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها نصف المهر في ماله
لان التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل ونصف المفروض بالطلاق قبل الدخول
حكم ثابت بالنص وكذا لو تزوج اربع نسوة او تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها لما قلنا
ويخرج الزكاة من مال السفيه وينفق على ولده وزوجته ومن يجب عليه نفقته من ذوي
ارحامه لان بعضها يجب حقا للشرع وبعضها يجب حقا للعبد والسفه لا يبطل
واحدا منهما الا ان القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى المساكين لان الواجب
عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ولكن يبعث
امينا معه لئلا يدفعها الى المساكين فيحتاج امينه كيلا يصرفها الى غير مصارف الزكاة وفي
النفقة يدفعها الى امينه ليصرفها الى مستحقيها لانه لا حاجة فيها الى نيته لانها
ليست بعبادة ولو حلف بالله او نذر نذرا من هدي او صدقة او ظاهر من امرأته
لا يلزمه المال ويكفر عن يمينه وظهاره بالصوم لانه لما يجب بفعله فلو جوزنا له التكفير
بالمال يتوسل بهذه التصرفات الى اتلاف ماله بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله
ولو اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لان الحج فرض عليه اذا كان مستطيعا والسفيه
كالمصلح في الفرائض لانه يلزمه شرعا من غير صنع من جهته فلا يتوهم معنى التبذير
فيه ولا يسلم القاضي النفقة اليه بل يسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق
الحج لئلا يتلفه في شهوات نفسه ثم يقول ضاع مني فاعطوني مثله وهذا لانه في
حالة الحضر كان ماله في يد وليه ينفق عليه بحسب حاجته فكذا في حال خروجه في

سفر الحج يعطي المال امينا ينفق عليه منه بحسب حاجته ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها
استحسانا وفي القياس لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا تبرع فصار كما لو اراد
الخروج الى الحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام ووجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا في
فرضية العمرة فلا يمنع عنها احتياطا ولا يمنع من القران لانه اذا لم يمنع من انشاء السفر
لاداء كل واحد من النسكين فلان لا يمنع من الجمع بينهما في سفرة والعمرة بعمل في السفر
الواحد اولى ولو اراد ان يسوق بدنة لم يمنع منه لان القارن يلزمه هدي
وتجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه افضل وقد اختلف العلماء في ذلك وكان ابن عمر
يقول لا تجزيه الا بدنة وهي بقرة او جزور فهو اذا ساق البدنة فقد قصد به
التحرز عن موضع الخلاف واخذ بالاحتياط في امر الدين واراد ان يكون فعله اوفق
بافعال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يمنع عنه فان اوصى بوصايا في القرب
وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله لان الحجر عليه لمعنى النظر كيلا يتلف ماله ويبقى
كلا على الناس وذا انما هو في جمع ماله في حال حياته لا فيما يتقرب من الثلث بعد مماته
وهذا لان اوان وجوبها بعد موته وبعد ما وقع الاستغناء عن المال في امر دنياه
فاذا حصلت وصاياه على وجه يكون سببا للثواب الجزيل في اخرته او لاكتساب
الثناء الحسن بعد موته كان النظر في تنفيذها وقد ذكر في المبسوط فيه فروعا
اكثر من هذا من رامها فليطلب ثم واما الحجر بسبب الفسق فعندنا
لا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال
الشافعي يحجر عليه كما في السفيه بطريق الزجر والعقوبة عليه والفاسق مستحق للعقوبة
ولهذا لم يجعل الفاسق اهلا للولاية والشهادة وعندهما بطريق النظر صيانة
لماله ولا نظر هاهنا لان فيه ابطال ادميته والحاقه بالبهائم مع عدم الصيانة لماله
والفاسق عندنا اهل للولاية والامارة والقضاء فيكون اهلا للتصرف في ماله
ضرورة وقد علق الدفع بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات
والرشد في المال مراد فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا
برشدين واما الحجر بسبب الغفلة وهو ان لا يكون مفسدا ولكنه سليم القلب
لا يهتدي الى التصرفات الرابحة ويغبن في التجارات ولا يصبر عنها فان القاضي يحجر

على هذا المختلف عندهما وهو قول الشافعي لمشاركته السفيه في اتلاف المال فيحجر نظرا له
فصل واذا راهق الغلام والجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت
فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما
كما يقبل قول المراة في الحيض والسن الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهيا
اليه خمس عشرة سنة عند ابي يوسف ومحمد والشافعي وهو رواية عن ابي حنيفة وعليه
الفتوى وعند ابي حنيفة ثماني عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للجارية وعن ابي
حنيفة في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشر ويتم له ثمانية
عشر فلا يكون فيه اختلاف الرواية وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في
بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة كذا قاله ابن عباس والقتبي
وقيل اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة واقل ما قيل فيه ثماني عشرة سنة
فوجب ان يعلق الحكم عليه للاحتياط ولانه متفق ان ادراك الجارية اسرع ادراكا
من الغلام فنقصنا في حقها سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فراعينا فيه فصلا منها
بمزاجها ولهما ان العادة الغالبة ان العلامات تظهر في هذه المدة فجعلنا المدة
علامة في حق من لم يظهر له العلامة وهذا اذا لم يوجد علامات البلوغ نحو
الاحتلام والاحبال في الغلام والحيض والاحتلام والحبل في الجارية فان وجدت
احدى هذه العلامات يحكم بالبلوغ والاصل ان البلوغ يكون بالانزال حقيقة
ولكن الحبل والاحبال لا يكونان الا مع الانزال وكذا الحيض لا يكون الا في حين
ما يكون بعد الانزال فجعل كل واحد علما على البلوغ وهذا لان البلوغ عبارة
عن بلوغ الانسان كمال الحال وذلك بكمال القوة والقوة من حيث الاسباب
والالات باستعمال الجوارح وارتفاع الموانع وذا لا يتحقق على الكمال الا عند الاحتلام
فان قيل البلوغ امكان استعمال سائر الجوارح ثابت دون امكان استعمال هذه الالة
فيما وضع له وهو اقتضاء الشهوة على الكمال قلنا كمالها بالانزال وادنى السن الذي يمكن
ان يبلغ فيه الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما الكلام في
الحجر بسبب الدين ففي موضعين احدهما ان من ركبته الديون اذا خيف ان يلجئ ماله بطريق

لعله الحلم

الاقرار وطلب الغرما من القاضي ان يحجر عليه فعند ابي حنيفة لا يحجر عليه القاضي لان في الحجر
اهدار اهليته والحاقه بالبهائم فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعندهما يحجر عليه ويمنعه
من البيع والتصرف انما يمنع عن البيع اذا كان باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل
فلا يبطل حق الغرما فلا يمنع عنه لان المنع لحقهم الثاني انه لا يباع على المديون ماله في قول
ابي حنيفة العروض والعقار فيه سوا لانه نوع حجر ولان بيع المال على المديون بغير
رضاه ليس بتجارة عن تراض فيكون باطلا لقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه السلام لا يحل مال
امرئ مسلم الا بطيبة نفس من نفسه لا يطيب حق القاضي ماله عليه فلا ينبغي له ان يفعله منه
ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفا لحق الغرما ودفعا لظلمه الذي حصل
بالامتناع من قضا الدين مع تمكنه منه وقالا يبيع ماله ان امتنع من بيعه ويقسم ثمنه
بين غرمائه بالحصص لحديث معاذ رضي الله عنه فانه ركبته الديون فباع رسول
الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسمه بين غرمائه بالحصص ولان بيع المال لقضا الدين
من هذه مستحق عليه بدليل انه يحبس اذا امتنع منه وهو مما يجري فيه النيابة والاصل
ان من امتنع عن ايفا حق مستحق عليه وهو مما يجري فيه النيابة ناب القاضي منابه كالذمي
اذا اسلم عبده فابى ان يبيعه باعه القاضي عليه وكالعنين بعد مضي المدة اذا ابى ان
يفارق امراته ناب القاضي منابه في التفريق بينهما وكالمجنون قلنا
خوف التلجية موهوم فلا يجعل كالمتحقق ثم الضرر عليه في اهدار قوله فوق الضرر
في حبسه ولا يستدل بثبوت الادنى على ثبوت الاعلى وبيع المال ليس بطريق
متعين لقضا الدين فقد يتمكن من قضا الدين بالاستيهاب والاستقراض واخذ
الصدقة من الناس بخلاف الجب والعنة لتعين الطريق بالتفريق لما عجز
عن الامساك بالمعروف واذا اصر الذمي على الشرى فاخراج العبد المسلم عن ملكه
مستحق عليه لعينه فينوب القاضي فيه منابه والحبس ليس لاجل البيع بل لقضا الدين
بما يختاره من طرق القضا اي طريق شاء ولو جاز للقاضي بيع ماله لما اشتغل بحبسه
لما في الحبس من الاضرار به وبالغرما بتاخير حقهم فلا معنى للمصير اليه بدون
الحاجة فاتفاق العلما على حبسه في الدين دليل على انه ليس للقاضي ولاية بيع ماله

في دينه فان كان دينه دراهم وماله دراهم قضى القاضي بغير امره اجماعا لان للغريم حق الاخذ بلا
رضاه فكان للقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او بعكسه باعها القاضي في
دينه استحسانا عند ابي حنيفة والقياس ان ليس للقاضي ان يباشر هذه المصارفة لان
هذا الطريق غير متعين لما هو مستحق عليه وهو قضا الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان
ان الدراهم والدنانير جنسان صورة وجنس واحد معنى ولهذا يضم احدهما الى الاخر في حكم
الزكوة ولو كان ماله من جنس الدين صورة كان للقاضي ان يقضي به دينه فكذا اذا كان
ماله من جنس الدين معنى فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يكون لرب الدين ولاية الاخذ
من غير قضا كما لو ظفر بجنس حقه وبالاجماع ليس له ذلك قلنا لما كانا جنسين صورة وجنس
واحد حكما فلعدم المجانسة صورة لا ينفرد رب المال بالاخذ لان فيه معنى المبادلة من
وجه ولوجود المجانسة معنى للقاضي ان يقضي دينه به بخلاف العروض والعقار لان
للناس في الاعيان اغراضا فلا يجوز للقاضي ان ينظر لغرمائه على وجه يلحق الضرر به اما
النقود فوسايل لا غرض في اعيانها بل في ماليتها ويبدا القاضي في البيع في الدين
بالنقود ثم بالعروض ثم بالعقار عندهما لان ذلك اسرع لقضا الدين وارفق بالمديون
لان الاول ابعد الثلاثة عن تعلق الغرض بعينه ثم وثم يترك عليه دست من ثيابه
ويباع الباقي لوقوع الكفاية بالواحد وقيل دستان لئلا يقعد في بيته ملوما محسورا اذا
غسل ثيابه ولو اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضا الديون عندهما لان حق
الاولين تعلق بهذا المال فلا يملك ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك
لانه فعل حسي والحجر لا يصح في الفعل الحسي لانه لا مرد له ولو استفاد مالا اخر بعد
الحجر نفذ اقراره لان الحجر انما كان لصيانة محل حق الغرما وحقهم يتعلق بالمال القائم
في يده لا بهذا المال لعدمه وقت الحجر وينفق على المديون المحجور وعلى زوجته وولده
الصغار وذوي ارحامه من ماله عندهما لان حاجته الاصلية مقدمة على الغرماء
ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة الغرما لانه تعقد بمهر المثل
من حوائجه الاصلية وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول
لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد مر هذا الفصل
بوجوهه في باب القضا وان اقام البينة انه لا مال له خلى سبيله لوجوب

النظر الى الميسرة بالنص ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم به وان لم يكن
اخرجه الحاكم كيلا يهلك فيه ولا يمكن المحترف فيه من الاشتغال بحرفته في الصحيح ليضجر
قلبه فيقضي دينه بخلاف ما لو كانت له امة وفيه موضع يمكن وطئها حيث لا يمنع عنه
لانه قضاء احدى الشهوتين فيقاس على الاخرى ولا يحول بينه وبين غرمايه بعد خروجه
من الحبس بل لهم ان يلازموه لقوله عليه السلم لصاحب الحق يد ولسان والمراد باليد
الملازمه وباللسان التقاضي ولا يمنعونه من السفر والتصرف ليتمكن من الاكتساب
فيقدر على قضا ديونهم وياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة
وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين الغرماء لان القضا
بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة فيجب النظر الى الميسرة وعنده لا يتحقق
القضا بالافلاس لان المال غاد ورايح ولان وقوف الشهود على عسرته من حيث
الظاهر فيصلح لدفع الحبس عن المديون لا لابطال حق الغرماء في الملازمة الا ان
يقيموا البينة على اليسار لان البينة على اليسار يترجح على بينة الاعسار لانها تقوم
على الاثبات وبينة الاعسار على النفي وان قالوا انه كثير العيال ضيق الحال
فبينة اليسار اكثر اثباتا لان الاصل هو العسرة والبينات شرعت للاثبات
فما كان اكثر اثباتا كان اولى وتفسير الملازمة ان يدور معه اينما دار ولا يجلس المديون
في موضع لانه حبس وهو غير مستحق ولو دخل المديون داره لحاجة لا يتبعه بل يجلس
على باب داره الى ان يخرج اذ الانسان لا بد له ان يكون له موضع خلوة ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه اوثق للطالب
اشد على المطلوب ظاهرا فيكون اقضى الى قضا الدين الا اذا علم القاضي انه يتعدى
عليه في الملازمه بان يمنعه من دخوله داره او يتبعه في الدخول فحينئذ يحبسه
دفعا للضرر عنه ولو كان الدين لرجل على امراة لا يلازمها لان فيها خلوة بالاجنبية
ولكن يبعث امينة يلازمها ليحصل المقصود ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه
ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة الغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري
بطلب البايع ويكون للبايع خيار الفسخ لان المشتري عجز عن تسليم احد بدلي العقد
وهو الثمن فيثبت حق الفسخ للبايع كما لو عجز البايع عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه

والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومقتضاه المساواة وصار كالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت حق
الفسخ لرب السلم كذا هاهنا ولنا ان حق الفسخ بالعجز عن تسليم المبيع وهو اصل حتى شرط وجوده
حال البيع لا يدل على ثبوت حق الفسخ بالعجز عن تسليم الثمن وهو تبع حتى لا يشترط وجوده ولان البايع
عجز عن تسليم ما هو المستحق بالعقد فيستحق الفسخ باعساره والمشتري عجز عن تسليم شيء هو مستحق
بالعقد فلا يستحق الفسخ باعساره وهذا لان المستحق بالعقد دين في الذمة وهو عجز
عن تسليم العين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة الا عند التعذر كما في السلم لحرمة الاستبدال
فاعطي للعين حكم الدين وصار العين مستحقا بالعقد كالدين فكان العجز عن العين عجزا عن تسليم
شيء هو مستحق بالعقد فيكون كالعجز عن تسليم المبيع والله اعلم ٥

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفك الحجر الثابت بالرق شرعا ورفع المانع من التصرف حكما واثبات
اليد للعبد في كسبه بمنزلة الكتابة الا انها لازمة لانها بعوض وهذا لا لخلوه عن العوض
كالملك بالهبة مع المستفاد بالبيع وهذا لانه اهل للتصرف بعد الرق لان ركن
التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق
وهما لا يفوتان بالرق فصلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا يخرج
من ان يكون بشرا الا ان ذمته ضعفت بالرق فلا يجب المال فيها الا شاغلا
مالية الرقبة وهي حق المولى فحجر عن التصرف لحق المولى كيلا يبطل حقه بلا رضاه
واذا اذن المولى فقد اسقط حقه فعاد العبد متصرفا بالمالكية الاصلية
واهليته ولهذا لا يرجع ما لحقه من العهدة على المولى كالمكاتب لانه اصيل في
التصرف وحكمه ولو كان نايبا لرجع كالوكيل ولهذا لا يتوقت الاذن حتى لو اذن
لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا الا ان يحجر عليه عندنا لان الاسقاطات لا
تتوقت كالطلاق والعتاق وتاجيل الدين تاخير المطالبة لا اسقاط فلهذا
يتوقت وعند زفر يتوقت لانه انابة كالوكيل ولا يتخصص حتى لو اذن له في
نوع فهو ماذون في جميع الانواع وعند زفر والشافعي لا يكون ماذونا الا
في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا اذن لعبده في شرى البر وقال لا
تشتري غيره يكون ماذونا في جميع التجارات عندنا لهما انه تصرف المولى
باذنه ولا يملك التصرف الا فيما اذن له فيه كالوكيل والمضارب والشريك

وهذا لان الرق موجب للحجر عن التصرفات والرق بعد الاذن قائم كما كان قبله فيكون
تصرفه بطريق النيابة عن المولى لانه يستفيد الولاية من جهة المولى وما هو المقصود بالتصرف
وهو الملك يحصل للمولى لا للعبد لانه بالرق خرج عن ان يكون اهلا للملك ولهذا يملك
حجره ولا يملك حجر المكاتب ولو كان كالمكاتب لما ملك حجره ولنا ان الاذن فك
الحجر عنه كما بينا واسقاط الحق والعبد بعد الاذن يتصرف لنفسه لانفكاك
الحجر عنه كالمكاتب فلا يتخصص المولى مما وقع الفك عنه قياسا على الكتابة وهذا
لان تصرف العبد يلاقي محلا هو ملكه والمتصرف في ملكه لا يكون نائبا عن غيره
بيانه ان اول التصرف بعد الاذن بالشرى لانه لا يملك شيئا فيبيعه وبالشرى
يلتزم الثمن في ذمته وهي مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشرى بثمن يجب في ذمة
عبده ولو كانت مملوكة للمولى لملكه ولم يتصرف العبد في ذمة المولى حتى يجعل نائبا عن المولى
فيكون اصيلا في التصرف بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره او في ذمة غيره
لانه يثبت للوكيل بالشرى حق الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل التوكيل هذه
الولاية وانما استفادها بالامر فصار نائبا وحكم التصرف وهو ملك اليد واقع
للعبد ولهذا كان له ان يصرفه الى قضاء دينه ونفقته وما استغنى عنه يخلفه المولى
على سبيل الخلافة عنه واذا ثبت ان الاذن من المولى اسقاط لحقه لا انابة للعبد
مناب نفسه في التصرف لا يتقيد بنوع دون نوع كما اذا رضي المستاجر
ببيع عبد من زيد دون عمرو او سلم البايع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على
ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك منه
اسقاط لحق المنع وثبت الاذن بالسكوت كما اذا راى عبده يبيع ويشترى فسكت
فانه يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا
للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لهما انه انابة ولا انابة
لا تثبت بالسكوت كما لو راى انسانا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينعقد تلك
التصرف بسكوته وهذا لان سكوته يحتمل الرضى ويحتمل السخط فلا يثبت الاذن
بالشك الا ترى انه لا يجوز بيعه ذلك المال بدلالة السكوت فلان لا يجوز
بيع مال اخر بعده اولى ولما لم يثبت الاذن فيه ففي غيره اولى ولنا ان العادة

جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه فاذا لم ينهه جعل سكوته اذنا دلالة
دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتمدون ذلك اطلاقا منه فيعاملونه وحملا لفعله على ما
يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام عند امر يعاينه عن التغيير والنكير
وسكوت البكر والشفيع واذا اذن له اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات
وذلك بان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده بنوع لان المراد به جنس
التجارة ولهذا اذا ادخل لفظ الجمع وهذا لان الاذن لو كان خاصا ملك التصرف
على العموم كما بينا فاذا كان عاما اولى بخلاف ما اذا اذن له في شيء بعينه بان امره
بشرى ثوب للكسوة او طعاما رزقا لاهله لانه استخدام لا اذن ولو صار ماذونا
بهذا القدر يتعذر على الموالي استخدام المماليك في حوائجهم ولو قال ادّ الي الف درهم
وانت حر او قال اذا اديت الي الفا فانت حر لان هذا حرض على الاكتساب لما
اطمعه في العتق ولا يتمكن من الاكتساب الا بالتجارة لانا نعلم انه لم يطلب منه الاكتساب
بالكدى فكان اذنا في التجارة وكذا لو قال له اقعد صباغا او قصارا فهو
اذن له في جميع التجارات وله ان يشتري ما لابد له من الرقيق وغيره لان الاذن
في الصناعة اذن بشرى ما لابد لها منه وهو نوع فكان ماذونا في الانواع كلها
ثم اذا اذن له عاما له ان يبيع ويشتري ما لابد له من انواع الاعيان بغبن يسير
لان اليسير عفو لتعذر الاحتراز عنه كما يحتمل عن غبن الاب والوصي وكذا
بالفاحش عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع الا ترى
انه يعتبر من المريض من الثلث كسائر التبرعات والتبرع غير داخل تحت الاذن
ولهذا لم ينفذ تصرف الاب والوصي والقاضي في مال الصبي بالغبن الفاحش
وله انه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في مال الصبي ضمن
الشيء له حكم ذلك الشيء والماذون في حق التجارة ملحق بالاحرار لانه متصرف لنفسه
باهلية نفسه لا بحكم الامر فصح منه كما يصح من الحر ومن سواهم يتصرفون للغير فيتقيد
بالنظر وعلى هذا الخلاف الصبي والمكاتب والماذون ولو حابى في مرض موته
يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه وان كان فمن جميع ما بقي لان اعتبار محاباة الحر من الثلث

لحق الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضي بسقوط حقه
بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه في الثلث فانه ينفذ تصرف المريض في
الكل وان حابى الذي هو مطالب بدينه يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما
في الحر المريض المديون وله ان يسلم ويقبل السلم اذ كل من ذلك التجارة وله ان يوكل
بالبيع والشرى لانه من توابع التجارة فربما لا يفرغ التاجر بنفسه فيحتاج الى ان يوكله
ولو اشترى المأذون عبدا او امة ادت قيمته عنه بالثمن فقال البيع صح
عنه لبيعه بغبن فاحش خلافا لهما ولو اشترى المأذون عبدا على انه بالخيار
بلا ثمن فابرأه بايعه عن الثمن في مدة الخيار فرده بالخيار صح عنه وقد مر في كتاب
البيوع في فروع مسئلة الخيار ولو اشترى المأذون امة بالف وقبضها ولم ينقد
الثمن حتى ابراه البايع منه ثم تقايلا لا تبطل الاقالة عند ابي حنيفة ومحمد لانها فسخ
ولا فسخ بلا ثمن وعند ابي يوسف يصح لانها بيع جديد عنده فكانه باعها ابتداءً
من البايع بالف فرد الامة واخذ الالف وله ان يرهن ويرتهن لانهما من توابع
التجارة اذ الاول ايفاء والثاني استيفاء ويملك ان يقبل الارض ويستاجر
الاجراء والبيوت لان الكل من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة ويشتري
طعاما فيزرعه في ارضه لان هذه تصرفات يبتغى بها الربح قال عليه السلم الزارع يتاجر ربه
ويشارك شركة عنان لانها من صنيع التجار بخلاف المفاوضة لانها تتضمن
الكفالة وهو لا يملكها ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه ان اخذ فقد اجر نفسه
وان دفع فقد استاجر والاستيجار والاجارة من باب التجارة ويوجر نفسه خلافا
للشافعي وله ان الاذن بالتصرف في غير نفسه ولهذا لا يملك بيع نفسه فلا
يملك العقد على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان الاجارة تجارة فيملكها
وهو تصرف على غير نفسه فانه بيع المنافع لا بيع النفس فانه لا يجوز بيع نفسه لانه
يبطل الاذن اصلا لانه يحجر به وكذا رهن نفسه لانه ايفاء من وجه فكان بيع
نفسه من وجه ولا يخرج بالاجارة ويحصل بها المقصود وهو الربح فيملكها.
وما ذكره يتقض بالحر فانه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع منافعه وله ان يقر بدين... بالجرح

لانه قد تمس اليه الحاجة في التجارة ولو لم يصح اقراره لامتنع الناس عن المعاملة معه ويبطل
اقراره للزوج والولد والوالدين عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل
من هولاء ويصح اقراره بالغصب والوديعة لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا
لانه تمليك ويملكه في المال فكان ملحقا بالتجارة ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن
اذا كان يملك الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف
ما لو اقر بجناية على عبد او حر او مهر وجب عليه بنكاح جائز او فاسد او شبهة فان اقراره
باطل لا يواخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون
ما وجبت بسبب التجارة فصار اقراره بها واقرار المحجور سواء وليس له ان يتزوج
او يزوج عبده او امته لانه ليس من التجارة وقال ابو يوسف له تزويج الامة
وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب وشريك العنان وقد مر في
المكاتب وذكر في الهداية ما يشير الى ان الاب والوصي على هذا الخلاف
وليس كذلك فقد ذكر الحاكم في المبسوط وللاب ان يزوج امة ابنه الصغير وكذلك
الوصي ذكره في كتاب المأذون في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وكذا ذكر
هذه المسئلة في باب المكاتب من غير ذكر خلاف فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان
ولا يكاتب لانه ليس من التجارة لانها مبادلة المال بالمال والبدل فيها مقابل بفك
الحجر وهو ليس بمال والاذن يتناول التجارة فاذا لم يكن هذا من التجارة لم ينفذ
كالتزويج الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه فيصير العبد كالنائب عن المولى في
الكتابة ويتعلق حقوق العقد بالمولى لان العبد وكيل عنه وحقوق العقد
في باب الكتابة لا تتعلق بالوكيل فلا يملك قبض البدل وان اعتق عبدا على
مال لم يجز لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع كالهبة
ولا يهب بعوض ولا بغير عوض ولا يتصدق لانها تبرعات وله ان يهدي
طعاما يسيرا او يضيف من يطعمه لان التاجر يحتاج اليه لاستجلاب قلوب
المجاهزين وروي انه عليه السلم كان يجيب دعوة المملوك والمراد به المأذون
لان المحجور عليه لا يقدر على الضيافة اليسيرة لانه اذن له في التجارة فلا يثبت
له ما هو من ضرورات الاذن في التجارة وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا دفعه

المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا دفع
قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى ولا بأس للمرأة ان تتصدق
من بيت زوجها بشيء يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لان ذلك مأذون
فيه عادة وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التاجر لانه من صنيع التجار وربما
يكون الحط انظر له من قبول المعيب فيكون بيسير منه بخلاف ما لو حط من غير
عيب فانه لا يجوز لانه تبرع محض وليس من جملة التجارة ولا كذلك المحاباة ابتدا
لانه قد يحتاج اليها استجلابا لقلوب المجاهزين فيكون من التجارة وقد صح
الاذن وله ان يوجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قلنا وله الاذن
وديونه متعلقة برقبته يباع للغرما الا ان يفديه المولى نقضا الدين وقال زفر
والشافعي لا تتعلق بالرقبة وانما تتعلق بالكسب فلا يباع رقبته في دين التجارة
ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان رقبته ليست من كسبه فلا يباع في
دينه ككساير اموال المولى وهذا لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق الدين بها
الا بتعلمه والمولى عين الكسب للتعلق دون الرقبة لان غرضه من اذنه
تحصيل ما لم يكن لا تفويت مال قد كان وذا في اداء دين التجارة من كسب التجارة
فاما ان يتعلق بالرقبة استيفاها فلا يصح فان فضل منه شيء عن الدين
يصرف الى المولى بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه لانه لا تعلق له بالاذن
فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن يباع بدين الاستهلاك فكذا بعده
ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه
قد ظهر في حق التجارة فيباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن
الناس وهذا لانه لابد من محل يستوفى منه واقرب المحال اليه نفسه لانه وجب
عليه وهو مال وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل للغير على المعاملة معه فيصلح غرضا
للمولى من هذا الوجه ويندفع الضرر في حق المولى بدخول ما اشترى في ملكه
ولانا في تعلقه بالكسب وتعلقه بالرقبة فيتعلق بهما ولكن يبدا بالاستيفا
من الكسب لانه اهون بوفر حق الغرماء مع تحصيل مقصود المولى فان لم يوجد
الكسب يستوفى من الرقبة واطلاق لفظة الديون يتناول دينا وجب

بالتجارة وانما هو في معناها كالبيع بظهور المبيع معيبا وقد امتنع رده او ما يشبهه
والثمن هلك في يده والشري والاجارة بان يستعمل الاجير ثم هلك المستاجر قبل
تمام المدة والاستيجار وضمان الغصوب والودايع والامانات اذا جحدها لانه
يصير مضمونا عليه وبالضمان يملك المضمون فصار من قبيل ضمان التجارات وما عن
من العقر بوطئ امة اشتراها فاستحقت اذ وجوبه بسبب الشرى فانه لولاه
لوجب عليه الحد وسواء كان ماذونا او مالكه ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لان ديونهم
متعلقة بالرقبة فيتحاصون في الاستيفاء من البدل كما في التركة فان فضل شيء من
ديونه طولب به بعد عتقه لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء رقبته به ولا يباع ثانيا
دفعا للضرر عن المشتري ولانه لو علم المشتري انه يباع ثانيا عليه يمتنع من الشرى
فيمتنع البيع بطريق الخلافة كما في التركة ويتعلق بما يقبل من الهبة والصدقة
قبل لحوق الدين او بعده وقال زفر الهبة للمولى لا حق للغرماء فيها لانها ليست
من التجارة فلا يتعلق بها حق الغرما ولنا ان الاصل في كسب العبد ان
يقع للعبد لانه كسبه وانما يقع للمولى بطريق الخلافة وكان من شرطه الفراغ عن حاجة
العبد وهذا مشغول بحاجة العبد ولا يتعلق بكسبه الذي انتزعه المولى من يده
قبل الدين بل يسلم للمولى ما يأخذ منه لانه لما انتزعه من يده وهو فارغ عن حاجته
وجد شرط الخلوص للمولى فيسلم له ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد
كل شهر له ان يقبض الغلة مع قيام الدين عليه استحسانا والقياس ان لا يجوز
لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في
ذلك نفع الغرما لان حقهم يتعلق بكاسبه ولا يحصل المكاسب الا ببقاء الاذن
في التجارة فلو منعناه من اخذ الغلة لحجر عليه فينسد باب الاكتساب
فلو اخذ اكثر من غلة مثله رد الفضل على الغرما لعدم حقهم ولا ضرورة فيها
ويصير محجورا بحجره وعلم به اكثر اهل سوقه وقال الشافعي يصح الحجر عليه بغير
علم العبد واهل السوق ولنا انه لو صح الحجر بغير علمهم لتضرروا به لانه
ان اكتسب شيئا والمولى يأخذه وان لحقه دين فالمولى يبرهن انه قد كان
حجر عليه فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق ولا يدرى متى يكون لا ويشترط علم اكثر اهل

سوقه لان اعلام الكل ليس في وسعه فقام الاكثر مقام الكل والاصل ان الحجر انما يصح
اذا كان مثل الاذن ولا يصح اذا كان دونه حتى لو علم بالاذن اكثر اهل سوقه
فانما يصح الحجر اذا علم بالحجر اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيها
الا رجل او رجلان لا يحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره لم يجز وان
حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه يحجر لان المقصود ليس عين السوق حتى لو
اتى السوق ليلا وحجر عليه لا يحجر لعدم اشتهار الحجر واشتهاره لانه في وسع
المولى فقام ذلك مقام علم جميع اهل السوق به بمنزلة الخطاب بالشرايع
فان الذمي اذا اسلم ولم يعلم بوجوب الصلوة عليه حتى مضى زمان يلزمه القضا
لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام والحربي اذا اسلم في دار الحرب لم يلزمه القضا
ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب ويبقى العبد ماذونا الى
ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل دفعا للضرر عنه فانه يتصرف على زعم
الاذن فيلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به وان علم بالاذن
رجلان او ثلاثة فالحجر يكون بمحضر من هولاء ولا يصح بما دونه بان يحجره في بيته
وان لم يعلم بالاذن الا العبد فالحجر يكون بمحضر من العبد ولا يصح اذا كان ماذونا
بان يحجره في بيته بغير محضر من العبد وان مات المولى او جن او لحق بدار الحرب
صار الماذون محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرفات
يعطى لدوامه حكم الابتدا لانه لما كان غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة
فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتدا العقد وان كان كذلك فلا بد من قيام
اهلية الاذن في حالة البقا كما شرط الابتدا وقد زالت بالموت والجنون وكذا
باللحوق لانه موت حكما حتى يعتق مدبره وام ولده ويقسم ماله بين ورثته
واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا لان الاباق
لا ينافي ابتدا الاذن فان المحجور عليه اذا ابق فاذن له المولى في التجارة
وعلم به العبد صار ماذونا فلان لا يمنع بقاءه وهو دونه اولى وصار كالغصب
فانه اذا اذن للمغصوب صح ولو غصب الماذون لا يبطل الاذن به
ولنا ان دلالة الاذن كالتصريح بالاذن فكذا دلالة الحجر كالتصريح

بالحجر وقد وجد دلالة الحجر اذ الظاهر ان المولى لا يرضى بتصرف الابق المتمرد وانما
يرضى بتصرفه ما بقي تحت طاعته ليتمكن من تقاضيه بكسبه والاباق عندنا
يمنع ابتدا الاذن كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه فلنا
ان نمنع وبعد التسليم فالدلالة ساقطة العبرة عند التصريح بخلافها وانتزاع
مكاسبه من يد الغاصب متيسر بالمرافعة الى الحكام وعرض الحال على الامام
واذا اذن لامته في التجارة ثم ولدت من مولاها يحجر وقال زفر لا يحجر
اعتبارا للبقاء بالابتدا فانه لو اذن لها بعد الاستيلاد يصح فاستيلادها لا
يحجرها كالتدبير ولنا ان الانسان يحصن ام ولده في العادة ولا يرضى ببروزها
لانها لا تصير فراشا له بمنزلة المنكوحات فصار ذلك حجرا دلالة ودليل الحجر
كصريحه بخلاف ما اذا اذن لام ولده في التجارة لانه صرح بخلاف المعتاد وانما
تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فاما مع التصريح بخلافها فلا تعتبر العادة
ولا تعدم المانع من اذى انسان يجعل اذنه في التناول عادة لغوا اذا صرح
وقال لا تاكل فان قيل كيف يبطل الاذن بها صريحا بدلالة الحجر والشيء لا يبطل بما هو
دونه قلنا لا نسلم بانه اذن لها صريحا بل هذا فرض منك ولئن سلم فبقا
الاذن بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا الحجر ثابت بالدليل فكان
اقوى وان دبر الماذونة لا يحجر لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دلالة
الحجر فبقيت كما كانت ولانه لا تنافي بين حكمي الاذن والتدبير فحكم الاول انفكاك
الحجر وحكم الثاني حق العتق في الحال وحقيقته في المال وحق العتق ان لم يزد
في انفكاك الحجر فلا يوثر في الحجر عليه ويضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتها
للغرما ان ركبتها ديون لانه اتلف محلا تعلق به حق الغرما لانه امتنع البيع
بفعله وبالبيع يقضى حقهم واذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده من المال
عند ابي حنيفة ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين
على نفسه فيقضى مما في يده وقالا لا يصح اقراره ولو وجد بعد العتق وما في يده لمولاه
لان صحة اقراره على وجه يطالب به في الرق ان كانت باعتبار الاذن فقد زال

بزواله كالبيع وان كانت باعتبار اليد فقد بطلت يداه بالحجر فصار كما لو انتزع المولى
من يده الكسب فانه لا يصح اقراره بالدين في حق ذلك الكسب فكذا اذا حجر
عليه وبعد الحجر لا يملك شغل الكسب بالدين وصار كما لو حجره في صحيحه
ما باع المأذون بعد عزله فانه لا ينفذ اقراره ولان كسبه ورقبته كانا سواء في
حق الاحد بالدين حال الاذن وبالحجر بطل الاقرار في حق احد الرقبة به فكذا
يبطل في حق الكسب وله ان اقراره في هذا المال انما صح في حال الاذن باعتبار
يده على المال لا باعتبار الاذن ولهذا لو اخذ المال منه ولم يحجر عليه لم يصح اقراره
فيه لعدم يده ويده باقية عليه بعد الحجر عليه ما لم ياخذ المال منه لان شرط سقوطها
بالحجر فراغ ما في يده عن حاجة العبد ولم يثبت ذلك لكون الاقرار دليل الحاجة
فيصح اقراره فيه كما قبل الحجر بخلاف ما اخذه المولى من يده قبل اقراره لانه لم يبق هناك شيء
من اثار ذلك الاذن ويد المولى عليه ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره وبخلاف
رقبته فانها لا تباع بدين اقر به بعد الحجر لانها ليست من كسبه وملكه في رقبته
ظاهر قبل الاقرار رقبته ويدا فلا يبطل باقرار العبد وبخلاف ما اذا باع المولى
العبد المأذون وفي يده كسب فاقر فانه لا يصح لانه صار كعبد آخر لتجدد الملك
فيه على ما مر غير مرة فصار بمنزلة شخص آخر بحكم تبدل الملك فلا يبقى ما ثبت
في حكم ذلك الملك وانما ملك العبد كسبه بحكم ذلك الملك الاول لانه لا يستوفي
حقوق عقد باشره عند الاول وان كان يستوفيها بعد الحجر قبل البيع وعلى هذا اذا
حجر المأذون وفي يده الف فاقر بعد ما اذن له ثانيا بالف كان لزمه في الاذن
الاول قضى من ذلك الالف عنده وعندهما هذا الالف للمولى ويصح هذا
الاقرار فيؤمر المولى بقضاء الدين او يباع فيه واذا لزمه ديون تحيط بماله ورقبته
لم يملك سيده ما في يده من كسبه ولو اعتق من كسبه عبدا بطل اعتاقه عند ابي حنيفة
وقالا يملك ما في يده من كسبه وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته لان سبب ثبوت
ملك الكسب ملك الرقبة لان ملك الاصل علة ملك الفرع وهو مالك لرقبته
حتى يملك اعتاق العبد المأذون ووطء المأذونة وهذه امارة كمال ملكه ولا

الوطء لا يحل بدونه وتعلق حق الغرما به ايضا لا يمنع ملك المولى كرقبته بخلاف الوارث اذا
اعتق عبدا من التركة وهي مشغولة كلها بالدين حيث لا ينفذ لان الملك انما يثبت للوارث
عند استغناء الميت عنه نظرا له ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب
انفع له ومتى كان على الميت دين يقدم حق الغرما على الوارث لان النظر منه لان قضاء
الدين فرض عليه وهو حائل بينه وبين ربه والمولى لا يملك كسب عبده باعتبار النظر للعبد
بل لانه ليس باهل للملكية مع قيام رقه وهذا المعنى موجود بعد ثبوت الاذن وبعد
قيام الدين ايضا فيملك الكاسب وله ان العبد يتصرف لنفسه وقضيته ان يقع الكسب له
وانما وقع للمولى على سبيل الخلافة عنه فكان من شرطه فراغه عن حاجة العبد ولهذا لو امتنع عن
الانفاق على عبده امرناه بالاكتساب والانفاق على نفسه ورد ما فضل عن حاجته على
سيده والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه المولى فيه لفوات شرطه كما لا يثبت
للوارث الملك في التركة اذا كان على الميت دين محيط فان قيل المولى انما يتلقى الملك
من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل لملك المال وشرط الخلافة تصور الاصل
قلنا العبد ليس باهل لملك مستقر لكنه اهل لملك ينتقل الى غيره اذا فرغ عن حاجته
وهذا لان العبد من حيث انه ادمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة
ولو كان حرا مطلقا لملك المال ملكا مستقرا ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك
اصلا فعملنا بانه يملك ملكا متنقلا عملا بالشبهين واذا عرف ثبوت الملك وعدمه
عرف نفاذ العتق وعدمه لانه فرعه ثم اذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرما لتعلق حقهم به
وكذا لو قال له هذا ابني وهو مجهول النسب لا يثبت نسبه منه عنده وعندهما
يثبت ويعتق ويضمن قيمته للغرما لابطال حقهم وكذا لو وطئ جارية عبده المأذون
فولدت منه في ثلاث سنين لانه لا يملكه فهو كغيره عند ابي حنيفة فكان ضامن جاريته وعندهما
ما لم يضمنه للحال لانه يملكه فهو الملاف لسبب عبده ولكن فيه حق الغرما فيضمن حقهم
للحال وان لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته صح عتقه عندهم اما عندهما فظاهر
وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين
يتعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن ووجه
قوله الآخر ان الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز ان يمنع

الملك في الكل لان شرط عدم الملك في الكل لم يوجد ولا يجوز ان يمنع بقدره لان البعض ليس باولى
من البعض فيثبت الملك في الكل واصله ان استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث
في التركة فان كان الدين غير محيط بالتركة ففي قول ابي حنيفة الاول لا يملك وفي قوله الاخر
يملك الوارث جميع التركة وسيجيء ان شاء الله تعالى وما يصح بيعه من سيده الا بمثل القيمة
اعلم ان العبد المأذون المديون اذا باع متاعه من مولاه بمثل قيمته جاز لانه غير متهم في
ذلك فانه ليس في تصرفه ابطال حق الغرماء عن شيء يتعلق به حقهم بخلاف ما اذا باع
المريض شيئا من وارثه بمثل قيمته فانه لا يجوز عند ابي حنيفة في حق سائر الورثة لان حقهم
متعلق بعين ماله حتى لو كان لاحدهم استخلاص العين باداء قيمته الى الغرماء ولو اراد
بعض الورثة استخلاص شيء لنفسه واداء القيمة الى الاخر ليس له ذلك وهذا المنع
لحق الغرماء وحقهم في المالية دون العين حتى كان للمولى ان يستخلص اكسابه لنفسه بقضاء
الدين من موضع اخر وليس في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شيء من المالية فيجوز وان
باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشا كان الغبن او يسيرا عند ابي حنيفة لانه متهم في حقه
بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وقال ابو يوسف ومحمد
ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير المولى بين ان يزيل
الغبن وبين ان ينقض البيع لان في المحاباة ابطال حق الغرماء عن شيء من المالية وهو اضرار
بهم والعبد في ذلك متهم في حق المولى وبهذا يندفع الضرر عنهم وبخلاف البيع
الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز ولا يؤمر المشتري بازالة الغبن وهنا يؤمر المولى
بازالة الغبن عندهما لان الغبن اليسير دائر بين الوجود والعدم لدخوله تحت تقويم
المقومين فاعتبرناه موجودا في حق المولى للتهمة ومعدوما في حق الاجنبي لعدمها عملا
بالشبهين وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالغبن الفاحش حيث لا يجوز عندهما اصلا
ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة الغبن لان المحاباة من العبد المأذون لا تصح عندهما
الا باذن المولى والمولى اذن له في ذلك في البيع من نفسه بدلالة الاقدام ولم ياذن
له في البيع بغبن فاحش من الاجنبي فافترقا وهذا الذي ذكرنا قول بعض
المشايخ وقيل الصحيح ان هذا قولهما لان للمولى سبيلا من تخليص شيئه لنفسه بالقيمة
بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض

المديون في تصرفه مع الاجنبي وبعكسه صح مطلقا اي ان باع المولى من العبد متاعا بمثل قيمته او اقل
جاز البيع اما عنده فلان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين واما عندهما فلان
جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فانه يخرج من كسب العبد الى ملك المولى ما كان
المولى ممنوعا عنه قبل ذلك لحق الغرماء ويدخل في كسب العبد ما لم يتعلق به حق
الغرماء فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لانه بتسليم المبيع سقط حقه من الحبس
وملك اليد الذي كان بازائه فلو بقي الثمن يبقى دينا في ذمة العبد والمولى لا يستوجب على
عبده دينا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى احق بذلك الثمن من الغرماء
لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دين في ذمته ويجوز ان يكون عين ملكه
في يد عبده وهو احق به من الغرماء كما لو غصب شيئا من ماله او اودع ماله عند عبده
وان حبسه في يده حتى يستوفي الثمن جاز كما لو باعه من مكاتبه وهذا لان البائع
له حق حبس المبيع حتى كان اخص به من الغرماء لان البيع يزيل العين عن ملك البائع
ولا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان حتى يستوفي
الثمن ولان الدين تعلق بالعين قبل التسليم وهو المبيع فصار له شبه بالعين فيجوز ان
يكون للمولى حق فيه كما في العين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب وهو
دين لما انه مقابل برقبة المكاتب بخلاف ما اذا سلم لذهاب التعلق به اصلا
فصار دينا مرسلا والحاصل ان ما وجب من الثمن قبل التسليم ليس بدين مطلق
فجاز القول بوجوبه وبعد التسليم صار دينا مطلقا فوجب القول بسقوطه
ولو باع المولى متاعه من عبده باكثر من قيمته بقليل او كثير فالزيادة لا
تسلم للمولى لانه متهم في المعاملة مع المولى لحق الغرماء ويكون المولى بالخيار
ان شاء نقض البيع وان شاء حط الفضل على القيمة صيانة لحق الغرماء كذا ذكر
شمس الائمة السرخسي وغيره في شرح المبسوط من غير ذكر الخلاف ويحتمل
ان يكون البيع فاسدا عند ابي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الاول
وهو منصوص عليه في الحصروعه ولو اعتق المولى عبده المأذون وعليه
ديون صح اعتاقه لان ملك الذات قائم ونفاذ العتق يبتنى عليه وضمن المولى
للغرماء قيمته اذا كانت مثل الدين او اقل لانه بالاعتاق فوت عليهم محلا تعلق

بدمهم سعاوا استيفاء ثمنه ولا وجه لرد العتق لحصيته الملك فاوجبنا الضمان دفعا للضرر
عن الغرما وما بقي من الديون طولب العبد بعد عتقه لان الدين في ذمته ولم يلزم المولى
الا بقدر ما اتلف فبقي الباقي عليه كما كان ولو كان الدين اقل من قيمته ضمن قدر الدين
فقط لان حقهم بقدره ولم يتعلق بالزياده واذا اذن للمدبر او لام الولد في التجاره
فلحق كل واحد منهما دين فاعتقه المولى فلا ضمان عليه من الدين ولا من قيمة المدبر
وام الولد لان حق الغرما لم يتعلق برقبتهما استيفا بالبيع لعدم بيعهما فلم يكن المولى بالاعتاق
مبطلا محل حقهم فلا يضمن شيئا فان باعه المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه المشتري
وغيبه فان شا الغرما ضمنوا البايع قيمته وان شاوا ضمنوا المشتري لان كل واحد
منهما متعد البايع ببيعه وتسليمه الى المشتري والمشتري بالقبض والتغيب وان شاوا
اجازوا البيع واخذوا ثمنه لان ذلك ثابت بالاذن السابق والاجازه اللاحقه كالاذن
السابق كما اذا باع الراهن ثم اجاز المرتهن البيع بخلاف ما اذا كفل عن غريمه
بغير امره ثم اجاز لانها وقعت غير موجبه للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفاله ولزومها
على الاجازه ولا كذلك ههنا ولم يصر المولى مختارا للفدا بما علمه بيعه كما صار مختارا
للفدا ببيع الجاني بعد علمه بالجنايه لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمته فاذا
فعل شيئا يمنع به الدفع يصير مختارا للفدا والدين ههنا واجب على العبد وامكن استيفاؤه منه
بعد العتق فلا يصير مختارا للفدا ببيع الجاني بعد علمه بالجنايه لان وجوب الدفع في ذمه
المولى لا في ذمته فاذا فعل شيئا يمنع به الدفع يصير مكرر مختارا فاذا ضمنوا البايع قيمته ثم رد
على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمه على الغرما ويكون حق الغرما في العبد لارتفاع
سبب الضمان وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمه
ثم رد عليه بعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمه كذا ههنا ثم هذا
البيع فاسد لانه باع ما لا يقدر على تسليمه كبيع الجذع في السقف والابق فان باعه
من رجل واعلمه بالدين وجا الغرما بعد ما قبض المشتري العبد فللغرما ان يردوا البيع
لتعلق حقهم بالرقبه استسعاء وبيعا وفي كل واحد منهما فايده فالاستسعاء تام اطول
والبيع ناقص عاجل وبالبيع فات هذه الخيره فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا
تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل اليهم الثمن ولا محاباه في البيع فليس

لهم ان يردوا البيع لان حقهم متعلق برقبه العبد استيفاء اذا لم يصلوا الى الثمن فان كان البايع
غايبا فلا خصومه بينهم وبين المشتري اذا انكر الدين عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف
المشتري خصمهم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا او وهبها وسلمها
وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما
مثله في الشفعه لابي يوسف ان هذا يدعي الملك لنفسه في هذا العين فيكون خصما
لمن ينازعه فيما في يده كما لو ادعوا ملك العبد لانفسهم ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ
العقد وهو قايم بالبايع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغايب والحاضر ليس بخصم عنه
ومن قدم مصرا وقال انا عبد فلان فاشترى وباع لزمه كل شي من التجاره والمساله
على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان
او غير عدل والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجه
لقوله عليه السلام البينه على المدعي وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك
واجماع المسلمين حجه يخص بها الاثر ويترك به القياس والنظر ولان في ذلك
ضروره وبلوى فان الاذن لابد منه لصحه تصرفه واقامه الحجه عند كل عقد غير ممكن
والاصل ان ما ضاق على الناس امره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته
ولذلك هذا القياس والاستحسان في دعوى الوكاله والمضاربه والشركه
والبضاعه وما اشبهها وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشي والقياس فيه
ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر
انه ماذون لان امور المسلمين محموله على الصلاح ما امكن ولا شك الجواز الا بالاذن
فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للحرج عن
الناس والقياس ان يشترط عداله المخبر لان الحجه خبر العدل وفي الاستحسان
لا يشترط للضروره والبلوى فاذا ثبت انه ماذون صحت تصرفاته ولزمه
الديون فيستوفي من كسبه فان لم يكن له كسب وفا لم يبع رقبته حتى يحضر سيده
لانه لم يصدق على مولاه وليس من ضروره الاذن بيع الرقبه فالمدبر الماذون لا
يباع رقبته فان حضر مولاه واقر بالاذن بيع في الدين لان الاذن بالتجاره رضى
ببيع رقبه الماذون بالدين وان قال هو محجور فالقول له لتمسكه بالاصل

فصل وإذا أذن للصبي وليه في التجارة فهو في البيع والشرى كالعبد المأذون إذا كان
يعقل البيع والشرى حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ ويبطل إذنه لأنه محجور عليه شرعا
لصباه وهو قائم مع الإذن فيبقى الحجر ببقائه كما قبل العقل ولأنه مولى عليه في هذا التصرف
حتى ملكه الولي فيملك حجره فلا يصح أن يكون وليا لأن الأول سمة العجز والثاني آية
القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان وصار كالطلاق والعتاق فإنهما لا يعتدان
منه بالإذن بخلاف الصوم والصلاة والوصية واختيار أحد الأبوين على أصله
لأن الولي لا يتولاها فلا يكون موليا عليه فيها فصححناها منه أما البيع والشرى
فالولي يتولاهما فلا ينفذ منه بدونه وعلى هذا الأصل قال بعدم صحة إسلامه
ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية
فوجب القول بنفوذه كالعبد المأذون ولا خفاء في شرعية التصرف والمحلية
وكذا في الأهلية لأن الأهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين وهذيان
والكلام فيه وسبب الولاية صونا لكلامه عن الإلغاء والصبي سبب الحجر
لعدم هدايته إلى التصرفات لا لذاته وبإذن الولي يستدل على ثبوت هدايته
في التصرفات لأن الظاهر أنه لا يأذن له حتى يعرف هدايته فيها وبقاء ولاية الولي
لنظر الصبي لتوسيع طريق النيل والإصابة فيستوفي المصلحة بطريقين بمباشرة الولي
ومباشرة الصبي ويمكنه من الحجر لاحتمال تبدل حاله من الهداية إلى غيرها ومتى
جعلناه وليا باعتبار أصل الأهلية لم نجعله فيه موليا عليه ومتى جعلناه موليا
عليه باعتبار قصور الأهلية لم نجعله وليا فيه والحاصل أن الصبي مستحق
للنظر مصون عن الضرر والتصرفات ثلاثة أنواع ضار محض كالطلاق
والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وإن أذن له الولي ونافع محض
كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير إذنه ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشرى
فيملكه بالإذن ولا يملكه بدونه لأن الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث أنه
عاقل مميز ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث أنه لم يتوجه عليه الخطاب
وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ في النفع المحض وبالطفل في
الضار المحض وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن وبالبالغ بعده

الإذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن ولكن قبل الإذن يكون منعقدا
موقوفا على إجازة الولي لأن له فيه منفعة لتصيره مهتديا إلى وجوه التجارات
عارفا بأنواع المعاملات ممتازا عن الحيوانات حتى لو بلغ فأجازه بعد عندنا خلافا
لزفر لأنه توقف على إجازة وليه وقد صار وليا لنفسه ووليه أبوه ثم وصي الأب
ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم الوالي أو القاضي أو وصي القاضي وأما الإمام ثم
أو وصي الإمام ... فلا يصح منهما الإذن له في التجارة وكذا إذن أمير الشرط فوض إليه أمر
ومن لم يول القضاء له في ذلك باطل لأنه لا ولاية لهؤلاء عليه في التصرف في
نفسه وماله وهذا لأن أمير الشرط فوض إليه أمر خاص لا يتقلد القضاء فلا
يلي التصرفات على الناس والشرط أن يعقل أن البيع سالب للمبيع والشرى جالب
ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لا نفس العبارة لأن كل صبي إذا لقن
البيع والشرى يتلفظ بهما والتسمية بالعبد المأذون تفيد أن ما ثبت لهذا العبد من
الأحكام ثبت في حقه لأن الإذن فك الحجر كما مر وهذا في الصبي أظهر لكونه
أهلا للملك المستقر والعبد ليس بأهل له والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا
كان أو صبيا فلا ينفذ تصرف الصبي بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت
ولا يملك تزويج عبده وكتابته وله أن يأذن عبده في التجارة كالعبد غير
الأب والجد لا يتولى طرفي عقد المعاوضة لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد
فيصير الواحد مطالبا ومطالبا ومسلما ومسلما وهو محال وكذا الأب والجد
قياسا وهو قول زفر ويجوز استحسانا لأن بكمال الشفقة قام مقام شخصين
ورأيه مقام رأيين فجعل كأنه باع منه وهو بالغ ثم يحمل الحقوق عن الابن لا بحكم
العقد نيابة عنه حتى إذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير وفيما إذا باع
ماله من أجنبي فبلغ الصغير كان العهدة على الأب فإذا كانت العهدة
بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدي إلى الاستحالة ولو اشترى مال طفله أو
باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه أن يقول بعته منه أو اشتريت له لأن كلامه
قام مقام كلامين ولأن نفس القبول لا يعتبر وإنما يعتبر الرضى ولهذا ينعقد
بالتعاطي بلا إيجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضى ولو وكل رجلا بأن يبيع

عبده من ابنه الصغير او يشتري عبده له فيفعل لا يصح لعدم كمال الشفقة ولا يملك الحاقه بالاب فبقي على
اصل القياس الا اذا كان الاب حاضرا وقبل فانه يجوز ويكون العهدة من جانب الابن
على ابيه ومن جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه مباح وللصغير فرض
لانه من باب النظر فيجعل الاب متصرفا للصغير مع عصمته للنظر ولو وكل رجلا ببيع مال
ولده فباع من موكله او باع الاب مال احد طفليه بمال الاخر او اذن لهما فيه او لعبديه
او جعل لكل واحد وكيلا او وصيا صح ولو اذن لهما او لعبديه او وصيهما فتبايعا لم يجز
لانهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لا يملك ذلك بنفسه فكذا الصبيان
بخلاف ما لو اذن الاب لانه لو فعل ذلك بنفسه صح فكذا اذا فعل باذنه وصح
بيع الوصي ماله من الصبي او شراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو ان يبيع ما يساوي درهمين
بدرهم وقيل ما يساوي العا بثمانمائة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز لما مر
من الاستحالة وله ان الوصي مختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فعند حصول
النظر يلحق بالاب وروي رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفة وصح اقراره على نفسه
بدين او بما في يده من كسبه فكذا الموروثة في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه لا يصح اقراره
فيما ورثه عن ابيه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات ولا حاجة
في الموروث عن ابيه وجه الظاهر انه بانضمام راي الولي التحق بالبالغ وكل واحد
من المالين ملكه فاذا ... عن حاجة الغير صح اقراره فيهما ولا يصح اقرار الوصي عليه
لانه ليس من ضرورات التجارة اما اقراره فمن ضروراتها حتى لا يمتنع الناس
عن المبايعة معه خوفا عن توى اموالهم ولا اذن القصدي لا يصح في الصبي
والعبد بدون العلم واذا كان في ضمن الامر بالبيع او الشرى ففيه روايتان
والمعتوه الذي يعقل البيع والشرى يتنزل له الصبي يصير ماذونا باذن الاب
والوصي والجد دون الاخ والعم وحكمه حكم الصبي ولو اشترى اب او وصي امه للصغير
او للمعتوه ومن ذات رحم محرم من الصغير او المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب
او الوصي لانه لا نظر في هذا ٥ فصل الاصل ان الدين المحيط بالتركة ٥٠
يمنع الارث لانه يجري في المال الفارغ عن حاجة الميت فاذا كان عليه دين كان

مشغولا بحاجته وغير المحيط لا يمنع الارث استحسانا لان تركه مالا يخلو عن قليل الدين
فلو امتنع الارث باعتباره امتنع الارث في كل التركات ودين العبد لا يمنع
الارث في العبد وان كثر لان المانع حاجة الميت ودين العبد من حوائج العبد
ويبدا بدين العبد من ثمن العبد لان حاجة العبد مقدمة على حاجة سيده في
ماليته ودينه حاجته وصاحب الدين على العبد اذا ملك العبد سقط الدين
لان المولى لا يستوجب على عبده دينا فمن عليه الف درهم مات وترك عبدا يساوي
الفا ولا مال له غيره وابنين ولاحدا الابنين على العبد خمسمائة دين على العبد بيع
العبد ويعطى من ثمنه دين العبد اولا ولا يسقط شيء من دين الابن لان دين الميت
مستغرق للتركة فيمنع الارث ثم الباقي يصرف الى دين الميت لانه مال الميت
لكونه بدل ملكه ولو كان دين الميت خمسمائة والمسالة بحالها صار
ميراثا وسقط نصف دينه لانه ملك رب الدين نصف العبد فيباع العبد ويعطى
ما بقي من دين الابن اولا وذلك مائتان وخمسون لانه دين العبد ثم يعطى
دين الميت خمسمائة ويعطى من ثمن العبد مائتان وخمسون فيقسم بين الابنين الا انما
يلما ه لرب الدين اثلاثا وثلثه للاخر لانه يعطى نصيبه دين العبد فيجعل
ذلك كالقائم في يده او كالمصروف الى حاله له اخرى ما لم يكن للابن دين على العبد
ولكن الميت اوصى لرجل برقبة العبد وللموصى له على العبد دين خمسمائة ودين الميت خمسمائة
نفذت الوصية لان الدين على الميت غير مستغرق فلا يمنع الارث فلا يمنع الوصية
لانها اخت الميراث فملك الموصى له تلك العبد فسقط ثلث دينه وبقي ثلثا دينه
من ثمنه وما فضل عن دين سيده يقسم بين الموصى له والورثة نصفين لاستواء الحقين
ولو كان دين سيده الفا لا يسقط شيء من دين الموصى له لان الدين مستغرق
فيمنع الوصية فيباع العبد ويعطى دين الموصى له اولا ثم دين الميت صحيح وهب عبده
لرجل له على العبد دين وسلم سقط دينه ثم للواهب ان يرجع في هبته في ظاهر
الرواية لان العبد عاد له صورة ومعنى وسقوط الدين زيادة من حيث المعنى فلا يمنع
الرجوع لزيادة السعر وروى الحسن عن ابي حنيفة والمعلى عن ابي يوسف وهشام عن محمد

انه لا يرجع وهو القياس لان سقوط الدين عنه زيادة في المعنى والزيادة المتصلة تمنع الرجوع
فاذا رجع الواهب عاد الدين عند ابي يوسف خلافا لمحمد لـه ان الدين سقط
والساقط لا يعود ولابي يوسف ان الدين ما سقط باسقاطه وانما سقط لملك
الرقبه فاذا انتقض الملك انتقض السقوط كما لو صالح عن دين على عرض وسقط الدين
ثم لو هلك العرض قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين وكذا لو باع العبد الجاني
وهو لا يعلم بالجنايه وصار ضامنا قيمته ثم انفسخ البيع يعود الجنايه ويسقط الضمان
مريض وهب عبده لغريم العبد وسلم اليه سقط دينه فاذا مات ولم يجز الورثه
ينتقض الهبة في الثلثين ويعود ثلثا الدين عند ابي يوسف لما مر ولو اوصى بعبده
لغريم العبد وقبل الموصى له بعد الموت سقط ثلث دينه ويباع نصيب الورثه
وهو ثلثا العبد بثلثي دينه ويسلم ثلث العبد للموصى له ولا يرجع عليه الورثه لقسمة العبد
الجرحي ويرد الجرح عن بعضهم بعد القسمة فان القسمة لا تبطل كذا هنا وفي
الهبه لا يسلم للموهوب له ثلث العبد الا ان يسقط دينه لان المعادله تعتبر
وقت القسمه لا بعدها وفي الوصيه تعتبر المعادله وقت القسمة لان نصيب
الكل كان مشغولا بالدين الا انه زال الشغل عن نصيب الموصى له بعد القسمة
وفي الهبة انما تقع القسمه بين الورثه وبين الموهوب له بعد الموت فتعتبر
المعادله في هذه الحاله وفي هذه الحاله ملك الورثه مشغول بالدين وملك
الموهوب له فارغ عن الدين فلهذا كان لهم حق الرجوع بثلثي ما في يده وهو
الثلث واذا رجعوا في ثلثي الثلث عاد الدين بقدره فلم يسلم لهم ذلك ثم يرجعون
بثلثي ما بقي من الثلث هكذا الى ان ينقض الوصية في الكل فيقال للموهوب
له ان شئت ان يسلم لك ثلث العبد بالهبه فاسقط دينك والا ينتقض الهبه
في الكل على ما بيناه الاصل ان اجارة العبد للتجارة اذن له بالتجارة حتى لو لحقه
دين بسبب التجارة يتعلق برقبته وكسبه ويباع به والعبد وكيل في حق المستاجر
لا يكون عهدة بيعه للمستاجر لكن الامر فراعى احكام الوكالة فيهما حتى يرجع بالعهدة على
المستاجر ويطالبه بالثمن رجل اجر عبده للتجارة شهرا فاتجر ولحقه دين وطولب
العبد بحقوقه لانه العاقد ورجع على المستاجر بما ادى ولذا رجع قبل الادا لانه في

حق المستاجر كالوكيل بالشرى وحكمه هذا فان لم يكن للعبد كسب والمستاجر معسر بيع العبد بدين الغرما
لان الدين ظهر في حق المولى وللمولى ان يفديه استخلاصا لملكه ويرجع بما فدى على المستاجر لانه
مضطر في ذلك فصار كانه فدى باذنه وما فضل من دين الغريم على المستاجر ونقضه مضمون
القاضي لا العبد لانه صار محجورا بالبيع ولا الغريم لان العقد لم يجر بينهما فان مات المستاجر
ولم يؤد الفضل ولم يؤد ثمن العبد الى المولى ضرب بسهمه في تركته بقيمته والغريم بفاضل دينه
ولو امره ان يتجر في الخز فاتجر في غيره ينفذ على سيده لانه خالف المستاجر فلا ينفذ عليه ويقع
لمولاه ويباع به ويؤخذ بالفضل بعد عتقه ولو امره سيده بشرى شي بعينه فاشترى
ولحقه دين بيع به ويؤخذ سيده بالفضل لان العبد هنا كالوكيل بالشرى لانه يتصرف
براي المولى لا براي نفسه ولهذا لم يصر ماذونا بالتجارة بخلاف ما سبق مدبر ماذون امره
رجل بشرى امه فقد صح وطولب المدبر بالثمن لانه العاقد ويقع عنه الموهوب وبدل
طرفه المقطوع بدينه فاذا بيع الموهوب والمدفوع وصرف ثمنهما الى البايع رجع المدبر على
الامر بثمن الموهوب لانه بدل كسب مشغول بالدين فلا يسلم لمولاه ما لم يفرغ عن
الدين ويرجع سيده بثمن المدفوع على الامر لانه بدل ملكه اذ المدبر بجميع اجزائه كان ملكا
للمولى وقد قضى دين الامر فيرجع عليه ولو قتل المدبر خطا يجب قيمته ويصرف الى الغرما
لان حق الغرما كان متعلقا برقبته وقد امتنع بيعه لمانع ولا مانع في بدله فيصرف اليه
ولو كان الماذون حرا وقتل خطا فديته لغرمائه ولا يرجع ورثته على الامر الا بما فضل
عبد كفل عن رجل باذنه واذن سيده يباع به الا ان يفديه سيده ويرجع بقيمة
العبد اذا بيع وبالفدا اذا فدى على المكفول عنه لانه قضى دينه من مال نفسه
بامره مدبر مديون قطع يده ودفع به ووهب له عبد ثم ان المولى اعتق المدبر
لا يضمن شيئا لانه لم يتلف حق الغرما لان حقهم كان في استسعا المدبر وهو باق
فلو اراد المدبر ان يبيع العبد الموهوب لدينه له ذلك لانه كسبه وقد تعلق به دينه
ولا حق للمولى فيه وليس له ان يبيع العبد المدفوع لقضا دينه لانه بدل ملك المولى
فكان للمولى والغرما احق بالصدقة والولد من المولى حلال فالزفر لـه ان هذا دين
لحقه بسبب التجارة فلا يقضى الا مما عنده من مال التجارة ولنا هذا من لسه يستحق
بدينه كالمال المستفاد بالتجارة ولو كان على العبد الماذون الف حال والف مؤجل

فباعه القاضي بالعين ودفع الالف الى صاحب الدين الحال ودفع الالف الى المولى فاذا حل الدين
لا ياخذ اعطاه المولى ذلك وهذا عندنا وقال زفر يدفع اليهما في الحال لان الدين تحول الى
الثمن فصار كتحوله الى التركة ثم يحل الدين المؤجل كذا هنا ولنا ان الدين في الذمة ولم
يتحول الى الثمن فانه لو هلك كان الدين على العبد فيها لا يحل فلا يطالب به في الحال

كتاب الغصب

هو في اللغة اخذ الشيء ظلما وقهرا يقال غصبه على الرجل الشيء وغصبته منه وغصبته اياه
غصبا ويقال للمغصوب غصب تسمية بالمصدر وفي الشريعة اخذ مال متقوم بغير
اذن المالك على وجه يزيل يده ان كان في يده او يقصر يده اذ المراد بيده حتى كان استخدام
عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه وذلك
يوجب قصر يد المالك عنه وان جلس على بساط غيره او فراشه لم يكن غاصبا لانه لم
يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن
الغاصب مزيلا يده ويشترط ان يكون الماخوذ مالا متقوما وحكم المأثم والمغرم عند
العلم وان كان بدون العلم بان ظن ان الماخوذ ماله واشترى عينا ثم ظهر استحقاقه
فالغرم لان الضمان المنجبر جبرا لحقه بفوته وحقه مرعي وان كان الاخذ قصدا وراء جهله
وعدم قصده دون المأثم لان الاثم مرفوع عن العباد حالة الخطأ لقوله صلى الله عليه وسلم
رفع عن امتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم وقال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما اخطأتم به
ولكن ما تعمدت قلوبكم ويجب على الغاصب رد عينه على المالك لقوله عليه السلام على اليد
ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا جادا فان
اخذه فليرده عليه والرواية في المصابيح لاعبا جادا اي لا يريد سرقة ولكن يريد ادخال
الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الغيظ على اخيه وفي
المبسوط لاعبا ولا جادا ومعناه ظاهر وقال عليه السلام من وجد عين ماله فهو
احق به ومن ضرورة كونه احق بالعين وجوب الرد على الاخذ ولانه فوت عليه
يده بالاخذ واليد لصاحب المال في المال مقصوده ما يتوصل الى التصرف والانتفاع
ويحصل ثمرات الملك فعليه نسخ فعله دفعا للضرر واما وجوه رد عينه عليه فهو
الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا عنه لانها قاصرة والكمال في رد الصورة

والمعنى وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابراه عن الضمان حال قيام العين يصح
حتى لو هلكت بعده لا يجب الضمان ولولا ان الموجب الاصلي القيمة لما صح الابراء لان الابراء عن
العين لا يصح ولو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين والواجب الرد
فان كان الذي غصبه لا من الاشياء يختلف باختلاف الاماكن بان غصب طعاما فاطعمه
المالك من غير ان يعلمه برئ عن الضمان عندنا لوصول عين ماله الى يده وعند الشافعي لا يبرا
لانه ليس بما مور به لانه غرور اذ الانسان يرغب في اكل مال الغير ما لا يرغب في اكل
مال نفسه ولو علم انه ملكه قلنا هذه العادة مخالفة للديانة الصحيحة فكانت لغوا
والغرور انما وقع لجهله وكفى به عارا فكيف يصلح عذرا بعد ثبات اقامة الغرض فان عجز عن
رد عينه بهلاكه يجب مثله او بغير فعله فعليه مثله ان كان مثليا كالمكيل والموزون
لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وسمى الفعل الثاني اعتداء
بطريق المقابلة كقوله وجزاء سيئة سيئة مثلها والمجازاة لا تكون سيئة ولان الواجب ضمان الجبر
والجبر انما يتم بايجاب المثل لان حق المستحق مراعى في الصورة والمعنى وفي اعتبارهما فكان
اعدل من القيمة التي فيها مراعاة المعنى وهو المالية فحسب فان لم يقدر على مثله بالانقطاع
عن ايدي الناس فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب
وقال محمد يوم الانقطاع لان الغصب اوجب المثل فلما عجز رد المغصوب انما يصار الى القيمة
للعجز عن اداء المثل وذلك بالانقطاع من ايدي الناس فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف
ان المثل لما انقطع التحق بما لا مثل له في وجوب اعتبار القيمة واختلف انما يجب بالسبب
الذي يجب به الاصل وهو الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب ولابي حنيفة ان
المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان العدوان حتى صار
بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال
الاصل لانه خلف عن المثل الكامل ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة
والقضاء ولهذا لو صبر الى مجيء اوانه كان له ان يطالبه بالمثل فيعتبر قيمته يوم الخصومة
والقضاء بخلاف ما اذا كان المغصوب مما لا مثل له لانه غير مطالب باداء المثل بل هو
مطالب باداء القيمة باصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك وان كان المغصوب مما لا
مثل له كالعدديات المتفاوتة كالثياب والدواب فعليه قيمته يوم غصبه و قال

وقال مالك يضمن مثله صورة من جنسه كذلك لما تلونا ولنا ما روي عن شريح من كسر عصا
فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص ولأن قيمة الشيء معنى ذلك الشيء والمعنى هو
الأصل والصورة تابعة فإذا تعذر اعتبار الصورة للتفاوت فيها اعتبرنا المعنى دفعا
للضرر بالقدر الممكن والعددي المتقارب كالجوز والبيض والفلس كالمكيل حتى يجب المثل
عندنا لأن آحادها لا تتفاوت وعند زفر عليه القيمة لأنها ليست بأمثال متساوية
ولهذا لا يجري الربوا فيها وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له فإن ادعى هلاكه
حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو كان باقيا لأظهره ثم قضى عليه ببدله لأن الحق ثبت في العين
وللناس أغراض في الأعيان فلا يقبل قوله في الهلاك حتى يحصل غلبة الظن بعد
مه أو أقام بينة وهذا كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فإنه يحبس إلى أن يعلم
ما ادعاه من الإفلاس ومدة العلوم موكول إلى رأي القاضي لأن نصب المقادير بالرأي لا
يكون وإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة وهذه المسألة
تدل على أن الموجب الأصلي رد العين ولو برهن المالك إثباته عند الغاصب
وقال الغاصب هلك عندي فبينة الغاصب أحق عند محمد لأن وجوب الضمان بالغصب ثابت
ظاهرا وإثبات الرد عارض والبينة لمن يدعي خلاف الظاهر وقال أبو يوسف بينة
المالك أحق لأن حاصل اختلافهما في الضمان وفي بينته إثباته والغصب فيما ينقل
ويحول لأنه إزالة الملك عن يد المالك بإثبات اليد عليه فلا يتحقق إلا فيما ينقل
لا في العقار الذي لا يستطاع نقله وتحويله فلو غصب عقارا وهلك في يده بأن غلب
السيل على الأرض فصار تحت الماء أو غصب دارا فهدمت بآفة سماوية أو جاء سيل
فذهب بالبناء لم يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي وهو قول
أبي يوسف أولا يضمن لأنه أثبت يده عليه على وجه تضمن تفويت يد المالك فيتحقق
سببا للضمان كما في المنقول وهذا لأن المعتبر يد متصرفة وقد تحقق منه إذا
سكنها بأهله وأمتعته أو زرعها لنفسه وإذا تحقق يده انقطع يد المالك عنها
ضرورة لأن اجتماع اليدين على الكمال لا يتصور في محل واحد في حالة واحدة وإذا انتفت
يد المالك وثبت يده بهذين الوصفين يجب الضمان ولهذا يضمن العقار بالجحود
في الوديعة ولنا أن الغصب لا يتصور في العقار فلا يجب ضمان الغصب

وهذا لأن الغصب إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة لأن الواجب ضمان جبر
فيعتمد التفويت وإزالة المحل عن يد المالك إنما يكون بالنقل والتحويل كما في المنقول
وذلك لا يتصور في العقار وإنما يتصور منع المالك عنه ودفع المالك تصرف في المالك
لا في المحل فلا يجب ضمان المحل كما لو بعد المالك عن المواشي حتى تلفت مواشيه والأصح
أن جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار عند أبي حنيفة
وأبي يوسف ولئن سلم فالضمان ثم بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك وعلى هذا
إذا باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة وهو قول
أبي يوسف آخرا وعند محمد يضمن قيمتها ومعنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب
وكذبه المشتري كذا ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير وذكر شمس الأئمة السرخسي
في المبسوط فإن كان غاصب الدار باعها وسلمها أو بدون ذلك وليس لرب الدار بينة
فأراد أن يحلف المشتري باطل لأن المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر
فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في إبطاله لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة
وأبي يوسف الآخر لأنه مقر على نفسه بالغصب فإن البيع والتسليم غصب
الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر محمد في كتاب الرجوع عن الشهادات
أنهم إذا شهدوا بدار لإنسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل
ذلك قول محمد لأن تسليطهم الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار
بالبيع والتسليم إليه وقيل بل قولهم والفرق بين الفصلين لهما أن الضمان الواجب
بالشهادة ضمان إتلاف فإن إتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم
حتى لو أقام البينة بعد على الملك لنفسه لا يقبل بينته والعقار يضمن بالإتلاف
وهنا إتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل لعجز المالك عن إثبات ملكه بالبينة
ألا يرى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا
وما نقص بفعله وسكناه ضمنه عندهم وذلك بأن انهدم شيئا أو انهدم بسكناه
لأنه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالإتلاف لأن الإتلاف يتحقق فيه كما إذا
نقل ترابه لأنه فعل في العين وجاز أن لا يضمن بالغصب ويضمن بالإتلاف كالحر
وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض والعقار يضمن بالإتلاف

فاخذ الغاصب راس ماله اى البذر وما انفق وما غرم من النقصان ويتصدق بالفضل وهذا
عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف لا يتصدق وصورته اذا غصب ارضا وزرع
فيها كر بر واخرجت اربعة اكرار ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمته كرا ولحقه من المؤن ما يبلغ
كرا فاخذ منه ضمان النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كرا ولحقته مؤنة كرا وضمن
قدر قيمة كر ففضل الخارج عن راس ماله بكر فيتصدق به لانه ربح ما لم يملك وقال ابو
يوسف لا يتصدق به لان النهى عن ربح ما لم يضمن وهو قد ضمن وان اهلك الغصب
اى المغصوب المنقول في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه لما مر ان الغصب فيما ينقل
وهذا لان العين دخلت في ضمانه بالغصب لانه السبب للضمان وعند العجز
عن رده يجب القيمة على قول من جعل الموجب الاصلى رد العين او يتقرر القيمة بذلك
السبب على قول من جعل الموجب الاصلى القيمة ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان
نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل في ضمانه بالغصب بجميع اجزائه فما تعذر رد
عينه يجب رد قيمته ولا يضمن ما نقص من السعر لان الذات لم يتغير كما كان عليه
ونقصان السعر يرجع الى رغبات الناس دون فوات الجزء بخلاف المبيع فان المبيعة
اذا اعورت في يد البائع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يخير المشترى بين ان ياخذها بكل
الثمن او يتركها لانه ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب
فيتعلق بالفعل والفعل حل الذات بجميع الاجزاء والاوصاف فكانت مضمونة وهذا
في غير الربوى اما في الربوى نحو ان يغصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فهشم
في يده فصاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه
مثله تفاديا عن الربوا وقال الشافعي له ان يضمنه النقصان وان غصب
عبدا فاستغله اى اجره واخذ غلته فنقصته الغلة ضمن النقصان لما مر ويتصدق بالغلة
عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير
المستعار واصله ان الغلة للغاصب عندنا خلافا للشافعي لان المنافع لا تتقوم
الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذى جعل منافع العبد بعقده مالا فكان هو اولى
ببدلها ويؤمر ان يتصدق بها لانها مستفادة له بسبب خبيث وهو التصرف في مال
الغير والحكم مضافا الى سببه فلا بد من ثبوت الخبث فيها بحكم ذلك السبب

ويسبيل مثلها التصدق نعم الملك ثبت فيها بالاستناد لكن الاستناد ثابت من وجه دون وجه
ولهذا انظهر في القائم لا في الفائت فلا يزول به الخبث ولابى يوسف ان هذا ربح حصل في
ضمانه وملكه فيطيب له كما لو باع اد الكسب بعد القبض اما الضمان فلان المغصوب
دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت التعدى اذا ضمن بطريق
الاستناد ٥ فان مات العبد في يد الغاصب وضمن قيمته له ان يستعين بتلك الغلة
في ضمان القيمة لانها ملكه والخبث لحق المالك والتصدق بها لم يلحق اعلمه ولهذا
لو سلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك ان يتناولها وان كان غنيا وان كان
الغاصب باع المغصوب واخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشترى فضمن
المالك المشترى قيمته رجع المشترى على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة
منه ثم لا يستعين الغاصب بالغلة في اداء الثمن لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشترى
فلا يزول بالوصول اليه بخلاف الاول لان الخبث لحق المالك فيزول بوصول
الغلة اليه الا ان يكون عند الغاصب ما يؤدى به الثمن فلا باس بان يؤدى من
الغلة حينئذ لانه محتاج الى تفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس وله ان يصرفه الى
حاجة نفسه لان حاجته مقدمة على حق الفقرا فلو اصاب بعد ذلك مالا تصدق
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه ومن غصب الفا
فاشترى امة فباعها بالفين ثم بالالفين امة فباعها بثلاثة الاف فانه يتصدق بكل
الربح وهو الفان وهذا عندهما واصله ان المودع او الغاصب اذا تصرف في
الوديعة او المغصوب وربح تصدق به عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف
لا يتصدق به وقد قررنا بالدلايل انفا وجوابه في الوديعة اوضح لان الملك
لا يستند الى ما قبل التصرف لعدم سبب الضمان فلم يلاق التصرف ملكه
وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه كالعرض ونحوه لان العقد يتعلق به
حتى لو هلك قبل القبض بطل البيع ويستفيد الربح والذى في المبيع ملك خبيث
يتصدق به اما فيما لا يتعين كالدراهم والدنانير فقد ذكر في الجامع الصغير
اذا اشترى بها فانه يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد به
اذا اشار اليها ونقدها وكان الكرخى يقول انه على اربعة اوجه اما ان اشار
اليها ونقدها او اشار اليها ونقد من غيرها او اطلق اطلاقا ونقدها او

اشار الى غيرها ونقد منها في كل ذلك يطيب له الا ان يشير اليها وينقد منها لان الاشارة
اليها لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها قال مشايخنا
لا يطيب بكل حال ان يتناول منه قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل
حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة وحاصله انه متى استفاد
بالحرام ملكا من طريق الحقيقة او الشبهة يجب الخبث ولا يجب في الدراهم الا الشبهة
لانه اذا اشار لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر واذا اتحد استفاد
به سلامة المشتري واذا اشار ولم يتحد استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة
النقد والمقدار واذا اتحد ولم يشر استفاد بها سلامة المشتري فاما ان يصير عنها
عوضا فلا يجب الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت
في الخبث وان اشترى بالالف امة تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق
بشيء عندهم لان الربح لا يتبين الا عند اتحاد الجنس لان الربح فضل والفضل انما
يكون بعد المساواة والمساواة انما تعرف عند التجانس ولا تجانس فلا تساوي فلا
فضل ولان الخبث يعمل في التصدق لا في التضمين اذ الانسان لا يضمن اتلاف
ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا الا بواسطة التضمين ولا سبيل الى التضمين
فيسقط اصلا

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

واذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب
منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي ضمانها كمن غصب
شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او زرعها او نواة فغرسها
او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فجعله انية وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع
حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه
النقصان عنده لانه يفضي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول
ملكه عنه لكنه يباع في دينه بعد موته فان مات الغاصب فالمغصوب
منه احق به من سائر الغرماء لانه زال ملكه وبدله بسبب لم يرض به ولو زال ملكه
بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه اذا لم يسلمه بعد رضاه بان قبض
المشتري المبيع بغير اذن البايع فههنا اولى ان لا ينقطع حقه للشافعي ان العين باقية
فبقي على ملكه وتتبعه صنعته لان المالك صاحب اصل والغاصب صاحب صنعة

والصنعة قائمة بالاصل تابعة للموصوف فيرجح صاحب الاصل على صاحب التبع وهذا
لان الدقيق حنطة فرقت اجزاؤها وبتفريق الاجزاء لا يوجب انقطاع حق المالك
كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتاريب في الشاة ولان فعله عدوان فلا
يصلح سببا للملك فلغي فعله والتحق بالعدم وصار كان الحنطة وقعت في الطاحونة
وصارت دقيقا فانها تكون للمالك ولنا انه استهلك الحنطة وحصل عينا
اخرى تسمى دقيقا فيكون المستهلك مضمونا عليه بمثله والمحصل له لانه كسبه والكاسب
احق بكسبه وان كان محل مملوك للغير لان الحكم يضاف الى العلة لا الى المحل وهذا
لانه يتبدل الاسم والهيئة والمقصود فكل موجود من الحوادث يعرف بصورته ومعناه فتبدل
الهيئة والاسم دليل على المغايرة صورة وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى واذا
ثبتت المغايرة بينهما وقد ثبت الثاني فيكون الاول مستهلكا صورة اذ الشيء
الواحد يستحيل ان يكون شيئين واذا هلك الاول بفعله صار ضامنا مثله والدقيق
حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه
فصارت الصنعة راجحة في الوجود وجهة ترجح الى الحال والرجحان في الذات
احق من الحال لانها تابعة للذات وفعله انما صار محظورا من حيث تفويت يد
المالك عن المحل لا من حيث احداث الصنعة ومن حيث انه محظور لا يوجب الملك
والذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتاريب
لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه ذلك المقصود فلا يكون ذلك تبديل العين
فيبقى مملوكة لصاحبها وهذا الوجه شامل للفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها
ثم القياس وهو قول زفر والحسن ورواية عن ابي حنيفة للغاصب ان ياكل هذا الدقيق
وينتفع به قبل ان يؤدي الضمان لانه ملكه حدث بكسبه والملك مطلق للتصرف
ولهذا لو وهبه او باعه صح وجه الاستحسان وهو قولنا ليس له ان ينتفع
به ما لم يؤد الضمان بالتراضي او بقضاء القاضي عليه بالضمان لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان ضيفا عند رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها
فلا يسيغها فقال انها لتخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت
شاة اخي ولو كانت اعز منها لم انفس بها عليه وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع

معا رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسارى فامر بالتصدق بها بيان منه ان الغا
قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر
عليه حفظ عينه وانه لا يباح التناول للغاصب قبل الارضا لان في اباحة الانتفاع
به قبل ارضائه كان فتحا لباب تناول اموال الناس بالباطل فيحرم قبل الارضا
حسما لمادة العدوان ونفاذ بيعه وهبته لثبوت ملكه بجهة محظورة كالمقبوض
بالبيع الفاسد واذا ادى البدل يباح له التناول لان حق المالك صار موفى بالبدل
فحصلت بينهما مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لان حقه سقط بالبراءة وكذا اذا ادى
بالقضا او ضمنه المالك او ضمنه الحاكم لوجود الرضى منه لان الحاكم لا يضمنه
الا بعد طلبه فكان راضيا به ثم عند ابي يوسف فيما اذا غصب حنطة فزرعها او
نواة فغرسها يباح الانتفاع قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه
فلم يبق حق يتعلق به حق المغصوب منه فيباح الانتفاع به بخلاف غيرها لقيام العين
فيه من وجه وفي الحنطة نزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما بناء على
ما مر وان غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او انية لم يزل ملك مالكها
عنها عند ابي حنيفة ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لتبدل
الاسم بالصنعة والمقصود فان التبر والنقرة لا يصلح راس مال الشركة والمضاربة
والمضروب يصلح لذلك فصار كالمسائل المتقدمة وله ان اسم العين لم يتبدل
لان اسم العين الذهب والفضة وهو باق بعد الصيغة ومعناه الاصلي الثمنية
وكونه موزونا وهذا المعنى لا ينفك عن الذات حتى جرى فيه الربوا باعتبار الوزن وصلاحيته
لراس مال الشركة والمضاربة من حكم الصيغة لا العين والصنعة فيها غير متقومة مطلقا
الا يرى انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وفيما بعدم الصنعة متقومة مطلقا
وبقي الاسم والمعنى الاصلي يستدل على بقاء العين المغصوبة ومن غصب ساجة
٥ فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي للمالك
اخذها ونقض البنا لان الغاصب متعد ولا ينقطع بتعديه حق المالك عن
ماله كما لو غصب ساجة ولم يبن عليها ولانه وجد عين ماله فيكون احق به بالحديث ولنا
ان الغاصب جعل الساجة تبعا لملكه فينقطع به حق المالك كما لو خاط بالخيط

١١

المغصوب بطن امته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته وهذا لانه لو باع دارا وفيها
الساجة موضوعة فيها لم تدخل في البيع ولم يستحق الغاصب بالشفعة ولو ادخلها في
بنائه دخلت في البيع ويستحق بالشفعة ولا سبيل الى نقض بنائه لان البنا مال الغاصب
لانه حاصل بصنعه وهو معصوم متقوم كمال المالك وفي نقضه اضرار به باهلاك حقه
بلا خلف وضرر المالك فيما قلنا مجبور بالضمان وذكر الكرخي ان موضوع المسئلة
فيما اذا ادخل الساجة في بنائه بان بنى حولها لا عليها لانه لا يكون متعديا بالبنا في ملكه
فلا ينقض فاما اذا بنى على الساجة فهو متعد في هذا البنا والساجة من وجه
كالاصل لهذا البنا فيهدم للرد كما في مسئلة الساجة ولكن هذا ضعيف فانه لو غصب
نقرة واحدة فصنعها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في هذا العمل هنا متعد
لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير او في ملك نفسه
وهو الصحيح ولو ذبح شاة غيره فمالكه بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه
وان شاء ضمنه نقصانها وكذا البدنة وكذا اذا قطع يدها او رجلها وهذا لان
الذبح استهلاك من وجه باعتبار فوات بعض المقاصد فانه يفوت به ما كان مقصودا
من النسل واللبن والحمل وليس باستهلاك من وجه لبقاء بعضها وهو اللحم فيتخير وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا يضمنه شيئا اذا اخذها لان الذبح والسلخ في الشاة
زيادة من حيث التقرب الى الانتفاع باللحم وما ذكر في ظاهر الرواية اصح لانه
نقصان باعتبار فوت بعض الاغراض ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع
الغاصب طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بقطع
٥ طرفها منها فانه لا ينتفع بها بعد هذا القطع لان منفعتها منفعة الحمل والركوب وقد فات
بخلاف ما لو كان المغصوب عبدا او امة فقطع منه يدا او رجلا فانه ياخذه مع ارش
المقطوع لان الادمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لعامة ما كان صالحا له من
قبل ومن خرق ثوب غيره خرقا فاحشا فصاحبه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب كل قيمة
ثوبه وكان الثوب للغاصب لانه مستهلك من وجه فانه لا يصلح لجميع ما كان يصلح قبله
وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه لكونه قائما حقيقة وكذا بعض
المنافع قائم وان خرق خرقا يسيرا ضمن الغاصب نقصانه واخذ رب الثوب ثوبه

لان العين قائم من كل وجه فبهذا القدر من الخرق لا يخرج من ان يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما
تمكن النقصان والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعه ويبقى بعض العين
وبعض المنفعه واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعه وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا
جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفايت به بعض المنافع ومن غصب
ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع الغرس والبنا وردها لقوله عليه السلم ليس لعرق
ظالم حق ولان الارض لا تغصب فبقي حق المالك كما كان والغاصب جعلها
مشغوله فيومر بتفريغها كما لو شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص
بالقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البنا والغرس مقلوعا ويكون له ومعناه قيمه
بنا او شجر يومر بقلعه لان حقه فيه فتقوم الارض بدون الشجر او البنا وتقوم وبها شجر
وبنا امر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما لان فيه رعايه للجانبين ثم في وضع المسله اشكال
لانا نسلم ان الغصب لا يتصور في العقار والجواب ان الغصب الموجب للضمان
لا يتصور فيه اصل الغصب الا ترى الى قوله عليه السلم من غصب شبرا من ارض طوقه
الله تعالى يوم القيمه من سبع ارضين ولان المجاز سائغ في كلام العرب فيجوز ان يستعمل
فيها مجاز التصور بصورة الغصب ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن
فمالكه بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان
شا اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لمالكه ان يمسكه
ويامر الغاصب بازالة الصبغ عن ثوبه بالغسل ما لقدر الممكن ويضمنه نقصان
الثوب ان انتقص بذلك ثوبه لانه متعد في الصبغ فلم يكن له عوض والتمييز ممكن بخلاف
السمن في السويق لتعذر التمييز وصار كما لو غصب ساحة وبنى عليها ولنا ان
الصبغ مال متقوم كالثوب وبعضه لا يسقط حرمة ماله فيجب صيانتهما ما امكن
وهذا في انما لعين ملك احدهما اليه وابقاء حق الاخر في عين ماله وذا فيما
قلناه من التخيير غير انا اثبتنا الخيار لرب الثوب لانه صاحب اصل والغاصب
صاحب وصف فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى لان الاصل قايم
بنفسه وقيام الوصف به بخلاف البنا في الساحه لانه امكن انفصال عن كل
واحد منهما الى صاحبه بالنقض لان النقض بعد النقض قائم فيصل اليه عين ماله لان

اختار المالك اخذ المغصوب للغاصب ان يحبسه حتى يجد القيمه التي دفعها اليه لانها
مقابله به بخلاف المدبر لانه ليس بمقابل به ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك
قيمته نفذ بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمه لم ينفذ عتقه والفرق ان الملك الثابت
للغاصب فيه ناقص لثبوته مستندا والثابت بطريق الاستنا ثابت من وجه دون وجه
او ضروري اذ الدليل ينفي ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا والملك نعمه
وانما يثبت الملك له ضرورة القضا بالضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا ظهر في حق الاكتساب دون
الملك لان الملك يثبت شرطا للقضا بالقيمه والولد غير مضمون عليه بالقيمه وهو بعد
الانفصال ليس بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه بدل المنفعه وما
يكون تبعا محضا ويثبت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع سوا ثبت في المتبوع مقصودا
بسببه او شرطا لغيره ولان ملك الكسب اسرع نفوذا من ملك الولد بدليل
ان الغاصب اذا اجر المغصوب ملك الاجر ولو اولد لا يملك والملك الناقص
يكفي لنفاذ البيع ولا يكفي للعتق والمكاتب يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان
ملكه وزوايد الغصب امانه متصله كانت او منفصله كولد المغصوبه ونمائها وثمره
البستان المغصوب فان هلكت في يد الغاصب لا يضمن الا ان يتعدى فيها او يطلبها
مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي زوايد الغصب مضمونه متصله كانت كالسمن
او منفصله كالولد ونحوه لانها حدثت من اصل مضمون عليه بالتعدي فتكون مضمونه
كظبيه اخرجت من الحرم فولدت في يده وهذا لان ضمان الاصل انما لزمه باثبات يد
متطاوله عليه وهذه اليد ثابته على الزياده لحدوثها في ملك اليد فتصير مغصوبه
ضروره ولنا ان الزوايد ليست مغصوبه فلا تكون مضمونه بضمان الغصب
لانه لا يكون بدونه لاستحاله الحكم بلا سبب وهذا لان الغصب باثبات اليد
على مال الغير على وجه تفويت يد المالك وذا لم يوجد في الولد لان التفويت
بازالة يده عما كان في يده او بازالة تمكنه من اخذ ما لم يكن في يده ولم تكن الولد في
يد المالك قط ولم يزل تمكنه من اخذه لحصوله في دار الغاصب ما لم يمنعه الغاصب
منه فلا يكون مضمونا عليه حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه لتحقق التفويت لقصر يده عنه

بالمنع ولهذا اذا تعدى فيه بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه وسلمه يضمن لوجود التعدي منه
على الامانة كما لو باع الوديع فسلمها او اتلفها واذا هلك ولد الظبية قبل التمكن
من الرد الى الحرم لا يضمن لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لان الحق في صيد الحرم
للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى المأمنه فوجد المنع منه بعد الطلب
وهو سبب للضمان ولان الضمان في صيد الحرم ضمان الاتلاف بمعنى الصيد لانه بالحرم
امن صيدا او ذا في نفسه وبعده عن ايدينا واثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيد
به حكما وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه واما الاموال محفوظة بالايدي
فانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي لا باثبات اليد عليها ولو باع الغاصب الاصل
والزيادة وسلم والزيادة متصلة فان كان باقيا اخذه صاحبه وان كان هالكا فهو
بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم
القبض وليس له ان يضمن البايع قيمته زائدة بالبيع والتسليم عند ابي حنيفة
وقالا له ان يضمن البايع قيمته زائدة لان الزيادة كانت امانة فيضمن بالبيع
والتسليم كالزيادة المنفصلة وله انه لا يمكن تضمين الزيادة مع الاصل
لان ضمان الاصل واجب بالغصب فلا يتصور ايجابه بالتسليم لان اثبات
الثابت مستحيل ولا يمكن تضمينها بدون الاصل لانها تبع الاصل فلا تفرد عن الاصل
بضمان الغصب فامتنع التضمين ضرورة وما نقصت الجارية بالولادة ضمنه الغا[صب]
لان الجارية دخلت في ضمانه بجميع اجزائها والجزء معتبر بالكل فان كان في
قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال
زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الفائت ملكه والولد ملكه وملكه
لا يكون جابرا لملكه لان الضمان يجبر ما فات عليه فصار كولد الظبية المخرجة
من الحرم فان نقصان الام بالولادة لا يجبر بالولد وكما لو هلك الولد قبل الرد او
هلكت وبالولد وفاء وكما لو جز صوف شاة غيره فنبت اخر او قطع شجر غيره فنبتت
اخرى مكانه او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فانتقص بهما وازدادت قيمته
فانه يضمن النقصان ولا يجبر مع ان سبب الزيادة والنقصان متحد ولنا
ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات

١٦٣

جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد لانه وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا
حتى لا يجوز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا بالانفصال واذا اتحد سبب الزيادة
والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فانه يزيل المبيع عن ملكه
ويدخل الثمن في ملكه ولا يعد نقصانا حتى لو شهد شاهدان عليه ببيع شيء بمثل
قيمته ثم رجعا لم يضمنا شيئا وصار كما لو غصب امة سمينة فصارت مهزولة ثم
سمنت او سقطت ثنيتها فنبتت مكانها اخرى او قطعت يدها فاخذ الغا[صب]
ارشها فردها مع الارش فانه يحسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوعة
واما اذا ماتت الام وبالولد وفاء بقيمتها ففي رواية عن ابي حنيفة انه
يجبر بالولد وفي رواية لا يجبر لان الولادة في الغالب ليست بسبب لموت
الام فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان واما اذا مات الولد قبل الرد فانه يشترط
لبراءة الاصل رده فكذا لا بد من رد خلفه فاذا لم يرد الولد الذي هو خلف عن
النقصان ان لا يبرأ والخصي لا يعد زيادة في المالية لانها انما تتحقق برغبة عامة
الناس وهي ليست بمرغوبة عند العامة وانما هي رغبة بعض الجهال لظنهم ان الخصي
كالمحرم ولم يتحد السبب في باقي المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب
الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفهم وقوله ان
ملكه لا يجبر ملكه قلنا انما نسعى لمنع ظهور النقصان فلا يحتاج الى الجبر ومن
غصب امة فزنا بها فحبلت عند الغاصب فردها فهلكت بالولادة ضمن الغاصب
قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة
الا نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب
ضمان النقصان عليه وهلاكها بعد الرد بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة
فلا يبطل به حكم الرد فلا يضمن الغاصب كما لو حمت عند الغاصب ثم ردها فهلكت
او زنت عند الغاصب ثم ردها فجلدت وماتت من ذلك فانه لا يضمن الغاصب
الا نقصان عيب الزنا وكذا البيعة اذا سلمها الى المشتري وهي حبلى ولم يعلم المشتري
بالحبل فماتت في الولادة لم يرجع المشتري على البايع بالثمن بالاتفاق ه وله
ان الرد لم يصح فلا يبرأ وهذا لان الرد انما يصح اذا كان مثل الاخذ وان يعود الرد

وان سلم فهلاك الولد لا يصلح [illegible] لانه مضمون [illegible] يوديه ضمان [illegible]

تلك الصفة خرج من الضمان والا فالاخذ وجد وهو دليل ليس بها سبب يفضي الى التلف
والرد وجد وهي حامل وقد انعقد سبب الهلاك في حقها فكان الرد حين وجد مترددا
ان سلمت من الولادة ظهر ان الرد وقع صحيحا وان اتصل به الهلاك ظهر ان الرد لم يقع
وكانها هلكت عند الغاصب وصار كما لو جنت عند الغاصب ثم ردها
ثم قتلت بتلك الجناية عند المالك او دفعت بتلك الجناية بان كانت الجناية
خطا فانه يرجع على الغاصب بقيمتها كانه لم يردها اصلا كذا هذا بخلاف الحمى
لانها لا تضمن بالغصب والاخذ لتبقى عند فساد الرد ضمان الاخذ وفصل الشرى
قلنا هو ممنوع ولئن سلم فالواجب على البايع تسليم المبيع الى المشتري على الوجه الذي
تناوله العقد وهو انه مال معصوم وقد وجد ذلك والرد يصح الرد لان الواجب
عليه ان يرده كما قبضه ولم يوجد ولا نسلم صحة القبض والتسليم المبتدا والزنا يوجب
جلدا مؤلما غير جارح ولا متلف ولذا اختار سوطا لا ثمرة له فلم يكن الهلاك مضافا الى السبب
الذي كان عند الغاصب بخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند
الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذا لا يحصل باول
الحمى عند الغاصب وهي غير موجبة لما كان بعده اما الحمل فموجب لانفصال
الولد وانفصال الولد يوجب الام الولادة فما حدث به يكون مضافا الى السبب
الاول والمنافع لا تضمن بالغصب والاتلاف عندنا الا ان ينقص باستعماله فيغرم
النقصان وصورة غصب المنافع ان يغصب عبدا ويمسكه شهرا ولا يستعمله
ثم يرده على سيده وصورة اتلاف المنافع ان يستعمل العبد شهرا ثم يرده على سيده
وعند الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل سواء عطلها او استعملها وقال مالك
ان سكن الدار يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه للشافعي ان المنافع
اموال متقومة مضمونة بالعقود فكذا بالغصوب كالاعيان وهذا لان المال
اسم لما هو غير الآدمي خلق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ولهذا يصلح صداقا
والمشروع هو الابتغاء بالمال الا ترى ان الاجارة من التجارة وهي مبادلة مال
بمال والماذون او الشريك يملك الاجارة ولا يملك مبادلة مال بما ليس بمال
والاعيان انما كانت اموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع وكذا نقل مالية العين

الى محل الانتفاع به فاذا كانت الاعيان اموالا باعتبار منافعها فلان تكون المنافع
اموالا بانفسها اولى وهي متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة
عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها الا ترى انها تقوم الاعيان فاستحال
ان لا تكون متقومة بنفسها ولان اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا والاعتياض
عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر وجه تسميتها ولنا ما روي ان عمر وعليا رضي الله عنهما
حكما في ولد المغرور انه حر بالقيمة واوجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم
يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعي
لجميع حقه فلو كان ذلك واجبا لما حل لهما السكوت عن بيانه ولان المنافع حدثت
على ملك الغاصب فلا تكون مضمونة عليه لان الانسان لا يضمن ملك نفسه
وهذا لانها حدثت بفعله وبسببه وفي يده والكسب للكاسب لقوله عليه السلام
كل الناس احق بكسبه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور
غصبها واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا
تبقى وما لا يبقى لا يتصور غصبه واتلافه لان اتلاف الشيء وغصبه انما يرد في حال
بقائه واذا لم تكن المنافع باقية استحال اتلافها وغصبها ولانها اما ان يرد عليها الاتلاف
قبل الوجود او في حال الوجود او بعد الوجود لا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم
محال ولا الثاني لانه ان اعترض على الوجود دفعه فاذا قارنه منعه ضرورة
والاتلاف ابطال الوجود لا المنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة في تلك
الحال ولا يتصور اتلاف المعدوم ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها
لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به لان الحجر
المسنة على قطع واحد ويؤجر بأجرة واحدة لا تضمن منفعة احدى الحجرين بالاخرى او بالاعيان
وهو باطل ايضا لانها اما بالاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين
تبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة
بالنص والاجماع ولهذا لا تضمن الجيد بالردي والنقد بالدين ومالية الشيء انما تثبت
بالتمول وهو صيانة الشيء وادخاره للحاجة وذا لا يتصور فيها وكيف تكون متقومة
والتقوم لا يسبق الوجود والاحراز لا يتصور فيما لا يبقى زمانين وانما [illegible]

المتقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار اقامة العين مقام المنفعة للضرورة
والحاجة وبطلت المقايسة لان للرضا اثرا في ايجاب الاصول والفصول جميعا فالمالك
يجب بالشرط معا بلا تغير حال وهو سبع عند قيمته الف بالوف وشيء من ذلك لا يسد
بالعدوان وكل قياس لا يقوم الا بوصف يقع الفرق بين الفرع والاصل فهو باطل قال
الا ان ما نقص باستعماله مضمون عليه لانه اتلف بعض اجزاء العين واذا اتلف المسلم
خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمنهما
للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي لذمي او باعهما ذمي من ذمي فعندنا
يصح البيع وعنده لا يصح له انهما ليسا متقومين في حق المسلم فوجب ان لا يكونا
متقومين في حق الغير ايضا لانهم اتباع لنا في الاحكام قال عليه السلام فاذا قبلوا
عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين فيثبت ان كل حكم يثبت
في حق المسلم يثبت في حق الذمي ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام فكل حكم يثبت
بالاسلام يثبت بعقد الذمة واذا سقط تقومهما في حق الذمي فقد ورد الاتلاف
على ما ليس بمتقوم فلا يكون سببا لوجوب الضمان وكذا البيع الوارد عليه لا يصح
لانه لم يصادف محله وهو المال المتقوم وصار كما لو باع مسلم من مسلم خمرا قال
ولنا انه اتلف مالا متقوما في حق المتلف عليه فوجب ان يضمن كما لو اتلف
شاته او ظله وهذا لان الخمر مال متقوم في حق اهل الذمة لانها كانت متقومة
في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد
المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل
السياق والسياق وفي حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل
ولان حرمة العين وفساد التقوم ثبتنا بخطاب الشرع وقد امرنا بتركهم وما يدينون
لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب حيث لم يعتقدوا رسالة المبلغ وانقطعت ولاية
الالزام بالسيف او المحاجة لمكان عقد الذمة فصار كان الخطاب غير نازل في
حقهم فيبقى الحكم على ما كان بخلاف الميتة والدم لانه لا يدين بتمولهما احد من اهل الاديان
الا انه لا يجب قيمة الخمر وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر

١٦٥

الصبغ بلا شيء بالغسل وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح فانه لا يثبت الخيار لرب الثوب
بل يؤمر بدفع قيمة الصبغ لانه لا جناية من صاحب الصبغ لتصير الثوب مملوكا لصاحب
الاصل الصبغ قال ابو عصمة في اصل المسالة وان شاء رب الثوب باع الثوب فضرب
رب الثوب بقيمة ثوب ابيض ورب الصبغ بقيمة الصبغ وهذا احسن لانه طريق ايصال
حق كل واحد منهما الى صاحبه معنى وسأتي قول ابي عصمة فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا
والجواب في السمن كالجواب في الصبغ الا انه يضمن في السويق المثل لانه من ذوات
الامثال والثوب من ذوات القيم فيضمنه قيمته وقال في المبسوط يضمن قيمة سويقه
وان كان السويق كيليا لانه متفاوت عادة بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخبز
وقيل المراد به المثل انما سماه قيمة لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة وان صبغه الغاصب
اسود فلرب الثوب ان يأخذه ولا يعطيه شيئا عند ابي حنيفة لان السواد نقصان
وعندهما السواد زيادة كالصفرة والحمرة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فانه
اجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني امية فانهم كانوا يمتنعون عن لبس السواد
وهما اجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد وقيل السواد
يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالعنب ونحوه فان كان
المغصوب ثوبا ينقص السواد من قيمته فالجواب ما قاله ابو حنيفة وان كان ثوبا
يزيد السواد في قيمته فالجواب ما قالا لانه بمنزلة الحمرة والصفرة وان كان ثوبا ينقصه
الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت قيمته بالصبغ الى عشرين درهما
فعن محمد انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب
ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان
قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة
قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة

فصل

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها عندنا وقال الشافعي لا يملكه لان
الغصب عدوان محض فلا يكون موجبا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا
مشروعا والتعدي لا يكون مشروعا لان ادنى درجاته ان يكون مباحا والتعدي
لا يكون مباحا وصار كغصب المدبر ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب

بحاله اى رقبة وبدنا فوجب ان يزول ملكه عن البدل الى ملك من وجب عليه البدل اذا
كان المبدل محتملا للنقل من ملك الى ملك دفعا للضرر عنه وتحقيقا للعدل كما فى
سائر المبادلات وهذا لان الضمان بدل العين حتى يقدر بقيمة العين والاصل
فى الضمان الجبر بقدر ما فوت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الفائت فاذا
ثبت له الملك فى البدل يدا او ذاتا جعلناه مقابلا بالاصل يدا وذاتا فزوال ملكه
عن المغصوب شرطا لحكم شرعى وهو الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر مع بقاء الاصل
على ملكه اذ الجبر بقدر الفوات وشرط الشئ تابعا له فصار حسنا لحسنه وانما قبح
لو كان ثبت بالغصب مقصودا فان قيل لو كان شرط القضاء بالقيمة زوال ملكه
عن العين او كان الضمان بدلا عن العين لزال الملك به عن المدبر كما لو قضى بجواز
بيع المدبر قلنا [illegible] زوال المدبر به عن ملك المولى لكونه مالا [illegible] كما لو كان حكما مقتضيا الشرط
المشروع وهو وجوب الضمان ولكن لا يدخل بالغصب فى ملك الغاصب صيانة لحقه
على ان ضمان المدبر ضمان ما فات وهو اليد دون الرقبة لانه غير قابل للنقل هذا
طريق جائز ولكن لا يصار اليه عن المقابلة بالرقبة الا عند العجز لان فيه اجتماع البدل
والمبدل فى ملك واحد وهو عدول عن سنن العدل والقول فى قيمته قول الغاصب
مع حلفه لان المالك يدعى عليه الزيادة وهو منكر والقول للمنكر مع يمينه الا ان يقيم
المالك البينة باكثر من ذلك لانه نور دعواه بالحجة الملزمة فان ظهر المغصوب
وقيمته اكثر مما ضمن وقد ضمنه بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب
عن اليمين فهو للغاصب ولا خيار للمالك لانه رضى بالمبادلة بهذا القدر حيث
ادعى هذا القدر ولم يدع الزيادة وان كان ضمنه بقول الغاصب مع حلفه فهو بالخيار
ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لان رضاه بهذا القدر لم يتم
حيث ادعى الزيادة وانما اخذ دونها لعدم البينة ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما
ضمنه او دونه وقد ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب وقال الكرخى
لا خيار له لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وجه ظاهر الرواية وهو الاصح ان الخيار بفوات
الرضا ورضاه لم يتم حيث لم يعط ما يدعيه وجاز ان يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين
ولا يكون مثله عنده فلا يرضى به بدلا او قد لا يرضى الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته فاذا

واحال ودفعها الى اولياء الجناية ثم يرجع على الاول بقيمة اخرى لوجود الجناية فى يد الاول ٥
غصب عبدا فللمالك ان يضمن الغاصب الفا حالا ويدفعه الى ولى الجناية ثم يرجع عليه
بقيمة اخرى لما مر ثم يرجع الغاصب على عاقلته بالف العبد الف درهم فى ثلاث سنين
لانه ظهر ان القتل ورد على ملكه ولم يتصدق بشئ لانه دفع الثمن واخذ الثمن او يضمن
العاقلة الثمن ويدفع الى اولياء الجناية ويرجع على غاصبه بالف لان الزيادة كانت
امانة فى يد الغاصب فلا يضمن وكلما دفع بلما رجع بثلث ولا يرجع قبل الدفع كالكفيل
بالمال بامر المكفول عنه ولو قتله غاصبه فكما مر الا انه لا يرجع على عاقلته ان ضمنه
لان العاقلة لا تعقل له ٥ غصب عبدا فابق فرد على مالكه لا يرجع بجعله على غاصبه
عند ابى يوسف لانه عمل للمالك فكان الاجر عليه وعند محمد يرجع لانه ضمان لحقه
بسبب وجد عند الغاصب فيرجع عليه به كالدفع والفداء فى الجناية ولو غصب
عبدا او اودعه فابق من يده فاختار المالك تضمين المودع ملكه غاصبه لان
قرار الضمان عليه فينفذ اعتاقه ويرجع المودع على الغاصب قبل اداء الضمان
نفسه كالوكيل بالشراء اذا اشترى فانه يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤديه
ولو عاد العبد من الاباق الى يد المودع للمودع ان يحبسه لاستيفاء الضمان فلو هلك
فى يده قبل منعه يهلك امانة ولذا [illegible] وان هلك فى يده يهلك بالقيمة كالمشترى
اذا هلك فى يد الوكيل قبل حبسه من الموكل فانه يهلك امانة وان هلك بعد حبسه
يهلك بالثمن والمرتهن والمستاجر فى هذا كالمودع لان العين امانة فى يدهما ٥
ادعى امة وانكر ذو اليد فضمنها رجل صح الضمان لانها ان كانت غصبا فهى كفالة
بالمضمون وان كانت وديعة فقد صارت مضمونة بالجحود فتصح الكفالة بها بكل
حال فلو اقام البينة وقد ماتت او انتقضت ضمن ايهما شاء والامة لمن عليه قرار الضمان
بخلاف ما لو تبرع انسان بقضاء دين الاصيل حيث كانت الامة للاصيل الا انه لا
شئ عليه للمتبرع فكان اداؤه عن الاصيل اما الكفيل فطالب فكان مؤديا عن نفسه
لا عن الاصيل وهبة الطالب القيمة للاصيل وابراؤه كاداء الاصيل فكانت
الامة له وهبته القيمة للكفيل كادائه فيرجع الكفيل على الاصيل ان كانت الكفالة
بامره وان ابرأ الكفيل لا يرجع على الاصيل والوكيل يرجع سواء وهبه له او ابرأه

لان اصل الحق عليه لانه باشر سبب الدين فكان الابرا تمليكا للثمن منه كالهبة بخلاف الكفيل
لان اصل الدين ليس عليه ولو طولب بعد ما قضى للمدعي عليه بقيمتها لاحتباسها عند الاصيل
ان ضمن الكفيل بامره فلو حرر الاصيل او القاتل او باعها احدهما بعد ما عادت من الاباق
وقضى للمدعي بقيمتها بعد بيعه وعتقه ان ادى الضمان وان ادى الاخر بطلا وان حررا
او باعا فادبا معا بعد اعلمهما لثبوت الملك باداء الضمان مستند وان حررا فادى
احدهما نصف قيمتها عتق نصفها عليه والولاء لهما وهذا
عنه ولا ضمان ولا سعاية ولو حرر احدهما فقتل عمدا او خطا فادى المحرر ضمن قيمتها
مؤجلة في ثلاث سنين في الخطا ولا قصاص في العمد لاشتباه الولي كالمكاتب وان
قتلها المودع عمدا او خطا غرم قيمتها في ماله لان العاقلة لا تعقل الجاني ف اشترى امة
بالف واحبلها فضرب بطنها عمدا او شربت دوا فطرح الولد فالقت جنينا ميتا فاستحق
الامة فالقاضي يقضي للمستحق بالامة وبعقرها ثم يقال للمستحق ان امتك قتلت
ولدها وهو حر لانه ولد المغرور والجنين الحر مضمون بالغرة فادفعها او افدها بالغرة فاذا
دفع او فدى يقال للمشتري لما اخذت الغرة سلم لك شي من بدل الولد ولو سلم لك الولد وفيه
الدية بان خرج حيا ثم مات لزمك القيمة يسلمها للمستحق فاذا اسلم لك الغرة وهي خمسمائة وجب
ان يغرم له بحساب ذلك وقيمة الولد ان غرة الالف ان كان ذكرا او خمسة الاف ان كان
انثى بحسابه نصف عشر الذكر وعشر دية الانثى فليغرم بحساب ذلك للمستحق والمستحق
اذا دفع او فدى يرجع بالاول على البائع وعلى المشتري فان رجع على البائع فالبائع يرجع على المشتري
وان رجع على المشتري لا رجوع للمشتري على البائع ثم المشتري يرجع على البائع بالثمن وبما غرم من
قيمة الولد دون العقر وقد مر في الدعوى ف غصب عبدا من الغاصب فابق فضمن الغاصب
الاول الغاصب الثاني قيمته برى الغاصب الثاني من الضمان لانتقاض سبب الضمان
فصار كما لو رده عليه فان ظفر صاحبه به لانه عين ماله او قيمته من الغاصب الاول ان
تعذر عليه فان اخذ القيمة ملكه الثاني وان اخذ العبد رجع الثاني على الاول بما دفع
لعدم سلامة المضمون له ولا يرجع الغاصب الاول على المالك ان كان هلك
ما في يده لانه عامل لنفسه في اخذ القيمة عن الغاصب الثاني ليخرج نفسه عن الضمان فلا   دعم
يرجع على المالك فلو اقر الاول بقبض الضمان لم يصدق في حق المالك حتى كان له

لانه فيه اعزاز لها بخلاف ما اذا اجرت المبايعة بين ذميين لان الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتمليكها
وهذا بخلاف الربوا فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربوا لانه لم يضمن لهم ترك التعرض في ذلك
مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان
ذلك منهم فسق في الاعتقاد لا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربوا في اعتقادهم
قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فانه
يقتل فانا ما ضمنا لهم ترك التعرض وذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف ما لو
اتلف متروك التسمية عامدا على الشافعي فانه ولانه الالزام بالمحاجة والدليل بانه
وقد ثبت لنا بالنص ان متروك التسمية حرام لكن نهانا عن الاعتراض لاعتقادهم في ايجاب
الضمان وان اتلف ذمي خمر ذمي ثم اسلم المتلف فعند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة
يبرا عن الضمان لانه حين التلف كان ذميا فصح فعله وحين اسلم لا يجوز له تمليك الخمر الذي
ولا يمكن ايجاب قيمة الخمر عليه لانه حين التلف لم يملك قيمة فلا يجاب قيمة الخمر عليه
ولم يوجد بعد ذلك سبب الوجوب وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة عليه
قيمة الخمر لانه لا يملك ايجاب الخمر لانه مسلم ولا يمكن ابراؤه عن الضمان لان المتلف عليه
ذمي والخمر في حقه مال متقوم وقد امكن ايجاب القيمة فيجب وفي الخنزير يبرا عن الضمان
باسلامهما او اسلام احدهما لان الواجب بغصب الخنزير القيمة والاسلام لا ينافيها
وان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فللمالك ان ياخذ الخل بغير شي وياخذ
جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد به التخليل بالنقل من الشمس الى الظل
ومن الظل الى الشمس والدباغة بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق
ان هذا التخليل تطهير له ولا يتصاف اليه التقوم والمالية وهذا لان نجاسة الخمر
قابلة للزوال لانها باعتبار الخمرية وقد زالت فصار التخليل كغسل الثوب
النجس ومن غصب ثوبا نجسا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا هنا
وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة الصبغ
فلهذا ياخذ الخل بغير شي وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه ومعناه ان ينظر الى قيمته
ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيعطي فضل ما بينهما وللغاصب حبسه حتى يستوفي حقه

فالبائع له حق حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن وان استهلكها الغاصب ضمن الخل ولم يضمن
الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك
الجلد والخل في يده لا يضمن مثله واما الجلد فلهما ان الجلد مال معصوم للمالك فيضمنه
مدبوغا بالاستهلاك اذ الدباغ بمنزلة الغسل ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما لو غصب ثوبا وصبغه ثم استهلكه فانه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ
فيه لانه وجب عليه الرد فاذا تعذر رده عينه باستهلاكه يجب عليه رد قيمته
كما في المستعار ردته فانه فات الهلاك بنفسه حيث لم يفوت وقولهما يعطي ما
زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان يقضي لاحدهما بالدراهم وللاخر بالدنانير
اذ القاضي انما يقضي بما يشترى به في الاسواق ويباع اما عند اتحاده بان قومها
بالدراهم او بالدنانير فحينئذ يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لانه لا
فائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه وله ان تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه
لان ظهور المالية والتقوم مضاف الى الدباغ والاصل غير مضمون عليه بالقيمة
فكذا التابع بخلاف الذكي والثوب لثبوت التقوم فيهما قبل الدبغ والصبغ
فلم يكن مضافا اليه وبخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه تابع للملك والجلد في
حق الملك غير تابع للصنعة لثبوت الملك قبل الصنعة وان لم يكن معصوما ولو
كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته
قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له فلا يمكنه تضمينه لان الضمان للمعصوم بخلاف
صبغ الثوب لان له قيمة فكان له ترك الثوب عليه واخذ القيمة وقيل ليس
له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه فقد عجز الغاصب
عن رده فصار كحكم الاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما مر ثم قيل يضمنه
قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في مسئلة الاستهلاك وقيل قيمة
جلد ذكي غير مدبوغ لانه ملحق بالذكي وان دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس
فلصاحبه ان ياخذ الجلد ولا شيء عليه لانه ليس فيه مال متقوم للغاصب فكانت
الدباغة اظهارا للمالكية والتقوم فصارت كغسل الثوب فان استهلكه الغاصب
يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ لانه المحصل بوصف الدباغة فلا يضمنه والجمهور

على انه يضمن قيمته مدبوغا لان صفة الدباغة تابعة للجلد فحين صار الاصل مضمونا تبعه وصفه
في الضمان وان خلل الخمر بالماء او الملح فيه فعند ابي حنيفة صار حلالا للغاصب ولا
شيء عليه وعندهما ياخذه المالك ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد
وصبغ الثوب ومعناه هنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل فان اراد المالك
تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد كما بينا انفا ولو استهلكه لا
يضمنه عنده خلافا لهما كما في دبغ الجلد وان خللها بصب الخل فيها فعن محمد ان صار
خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا ضمان عليه لانه استهلك مالا ليس بمتقوم
وان لم يصر خلا الا بعد زمان فان كان الخل المصبوب قليلا فهو بينهما على مقدار كيلهما
لانه صار في التقدير خلط الخل بالخل وهو ليس باستهلاك على اصل محمد وعلى
قياس قول ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه في الوجهين لان
نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه
وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لانه اتلف ملك نفسه وفي
الوجه الثاني يضمن لانه اتلف ملك غيره وقال بعض المشايخ للمالك ان ياخذ الخل
في الوجوه كلها بغير شيء لان المصبوب فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما
ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او شيئا من المعازف او اراق له
سكرا او منصفا فهو ضامن وصح بيع هذه الاشياء وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا يضمن ولا يصح بيعها ولو شق زق خمر مسلم لم يضمن الزق عند ابي يوسف
وعند محمد يضمن وقيل الخلاف في الزق والطبل اللذين يصلحان للهو واما طبل الغزاة
والدف الذي يباح ضربه في العرس فيضمنها بالاتلاف بلا خلاف وقال صدر
الاسلام في الجامع الصغير الفتوى في الضمان على قولهما لكثرة الفساد فيما بين
الناس والسكر النيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه
بالطبخ وفي جواز بيع الباذق وتضمينه وهو المطبوخ ادنى طبخه عن ابي حنيفة
روايتان لهما انها اعدت للمعصية فسقط تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل باذن الشرع

لان ما فعله من باب الامر بالمعروف قال عليه السلام بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير
وقال اذا راى احدكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه
وكان كسرها امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر باليد فلا يضمن الا ترى انه لو فعله بامر صاحب
الشرع وهو الامام لا يضمن فاذا فعله بامر الشرع اولى ثم قال محمد يضمن الزق لانه
مال متقوم واراقة الخمر بدونه ممكنة فيضمن كسائر الاموال وقال ابو يوسف فيه لا
يمكنه اراقتها الا بشق الزق فكان ككسر المعازف وله انه اتلف مالا به
نفع من وجه آخر سوى اللهو فلا يبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية
لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع والتضمين مبنيان على المالية والتقوم
وقد وجدا والامر بالمعروف باليد الى الامراء والولاة لقدرتهم وليس لغيرهم الا باللسان
لانه يحصل بالمنع والاخذ دون الاتلاف ويجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الامة المغنية
والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي فانه يجب القيمة غير
صالحة لهذه الامور ويجب قيمة السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك
عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما لو اتلف صليب نصراني فانه يضمن قيمته
صليبا لانه مال متقوم في حقه وهو مقر عليه ولا يجوز التعرض له ومن غصب مدبرا او ام ولد
فمات في يده ضمن قيمة المدبر بالاتلاف لتقوم المدبر بالاتلاف ولا يضمن قيمة ام الولد عند
ابي حنيفة لانها غير متقومة عنده وعندهما يضمن لتقومها عندهما وقد قررنا الدلائل في العتاق
ولكن لا يملك المدبر باداء الضمان لانه لا يقبل النقل واختيار المالك تضمين احد الغاصبين
ابرا الاخر لان هذا ضمان لم يشرع الا بتمليك المضمون فاذا اختار تضمين احدهما فقد ملك
المضمون منه فلا يكون له ان يملكه من الاخر الا ان يجدد غصبه رجل غصب
مدبرا قيمته الف فزادت قيمته في يده فصارت الفين فغصبه منه آخر فابق من
يد الثاني او مات فالمالك يضمن ايهما شاء من غصب اي له ان يضمن الغاصب الاول الفا
وغاصب الغاصب الفين فان ضمن الاول الفا رجع الاول على الثاني بالفين وطاب
له الف لانه عوض ملكه وبقيت الالف الاخرى لان الملك فيه غير مستقر لجواز ان
يظهر المدبر فان ظهر يعود على ملك المولى لانه لم يزل عن ملكه ويجب عليه رد الالف

على الغاصب الاول لزوال سبب الضمان ويجب على الغاصب الاول رد الالفين الى الثاني
ثم المالك اذا ضمن الاول وعاد المدبر الى يد الثاني بعد اتباع المولى الاول قبل الاستيفاء
فمات في يده لا يضمن لانه بريء عن ضمان غصبه حيث اختار المولى تضمين الاول ولم يحدث
بعد ذلك منع حتى لو طلب المولى ومنعه ثم مات يضمن لان المنع من المالك غصب
مبتدا وكذا اذا قتله الثاني خطا فللمولى ان يرد الالف الى الاول ويتبع عاقلة
الثاني بالقيمة ولو لم يضمن المولى شيئا حتى قتله الثاني ثم ضمن الاول وهو يعلم بقتل الثاني
او لا يعلم برئ الثاني وصار الاول لانه كان مخيرا بين تضمين الاول وتضمين الثاني فاذا اختار
الاول بطل حقه قبل الثاني ثم الاول قام مقام المالك في تضمين الثاني فان شاء
ضمن الغاصب الثاني ضمان الغصب وان شاء ضمن عاقلته ضمان الجناية رجل غصب
عبدا وغصبه آخر منه فابق فقال المالك للاول كانت قيمته الفا منذ غصبته ثم غصبه
الثاني وقيمته الفان وقال الغاصب الاول لا بل غصبته وقيمته خمسمائة وزاد الفا
ونصفه عندي فالقول للمالك في حقهما لان الظاهر شاهد ولو لم يقل الغاصب الاول
زاد عندي فالقول له لانكاره فاذا اخذ احد العبد فقتله الغاصب الثاني
جرابا امضى العشر واتبع العاقلة وان شاء ضمنه واتبع الاول بقيمته مذ غصب
الملك في المضمون لم يعلمه قرار الضمان وانما يستند الملك في المضمون الى وقت
سبب الضمان فيما بين الغاصب والمغصوب منه واما في حق غيرهما فيقتصر
على وقت اداء الضمان الا اذا اتصل بالاستناد حكم شرعي يمنع من الاقتصار والحق
المتعلق بالعين يبطل بفوات العين الا اذا فات العين الى بدل فحينئذ ينتقل الى
بدله رجل اشترى امة وقبضها ثم قتلت عند المشتري قتيلا خطا ثم ابقت او ماتت
فاستحقها المستحق ان شاء ضمن البايع وان شاء ضمن المشتري فان ضمن البايع
نفذ البيع لانه ملكها باداء الضمان من وقت الغصب فتبين انه باع ملك نفسه وكانت
القيمة للمستحق لان القيمة وجبت قبل الجناية وقت الغصب فقد وجدت الجناية
بعدما صارت القيمة للمستحق ولا شيء لاولياء القتيل لتعلق الجناية برقبتها وقد
بطل الحق بفوات المحل فان عادت من الاباق يدفع او يفدي وان ضمن المشتري بطل
البيع لان استحقاق قيمة الامة على المشتري كاستحقاق عينها ويدفع المستحق القيمة الى اولياء

الجناية ثم رجع على المشتري بقيمة اخرى لان القيمة الاولى استحقت عليه بسبب كان في ضمان المشتري
ورجع المشتري بالثمن على بائعه حكما لاستحقاق المبيع وان جنت الجارية وابنها في يد المشتري
احدهما المستحق ودفع الى اولياء الجناية او فدى ورجع المستحق بالاقل على البائع او
المشتري لانه في دفع الزائد مختار فان رجع على البائع رجع البائع على المشتري بما
ضمن لان الجناية حصلت في ضمانه وان رجع على المشتري لا يرجع المشتري على البائع
لان الجناية حصلت في يده ولو جنت عند البائع فباع وضمن المستحق البائع بعد دفعه
وسلم الضمان للمستحق ولكن يضمن البائع قيمة اخرى لاولياء الجناية لانه ملكها باداء
الضمان من وقت الغصب فبان انها جنت في ملكه وتعلقت الجناية برقبتها
فاذا باعها وسلمها صار مستهلكا فيضمن القيمة ولم يصر مختارا للفداء لان ملكه انما
ظهر وقت البيع لم يصح منه الاختيار وان ضمن المستحق المشتري واخذ القيمة
دفعها الى اولياء الجناية ورجع على البائع بقيمة اخرى دون المشتري لان تلك القيمة استحقت
عليه بسبب كان في ضمان البائع والهبة كالبيع الا في رجوع احدهما على الاخر ولو كان
مكان الهبة غصب او ايداع وقد جنت عند الثاني ضمن ايهما شاء لان كل واحد منهما
غاصب ودفع الضمان الى اولياء الجناية ورجع به على من ضمنه خاصة والمودع يرجع
لانه عامل للمودع فيرجع عليه بما لحقه من الضمان بسببه والمودع لا وفي الغصب
على عكسه لان غاصب الغاصب ليس بعامل للغاصب فلا يرجع عليه والغاصب
صار باداء الضمان يرجع على غاصبه بما لحقه من ضمان جناية كانت في يد غاصبه
ولو عادت من الاباق فهي في الوديعة للمودع لان قرار الضمان عليه وفي الغصب
لغاصب الغاصب لان قرار الضمان على الثاني والملك في المضمون انما يكون لمن كان
قرار الضمان عليه الا اذا كان [illegible] من الاول وضمن الاول [illegible] عليه
لانه ملك رقبته فلا رجوع له على الثاني وعادت من الاباق قبل رجوع الاول
على الثاني فيبطل حق رجوعه لقدرته على الاصل والمرتهن والمستاجر كالمودع في
هذا لكونهما امينين في حق العين والمستعير كالمتهب لانه قبض لنفسه ٥
ولو جنت عند الاول ان ضمنه المستحق دفع الضمان الى اولياء الجناية ورجع عليه
ورجع الاول على الثاني في الغصب بقيمة واحدة وان ضمن المستحق الثاني دفع القيمة

ان يضمنه وكذا لو كان الاول مودعا وغصب منه الا انه يرجع على ربه اذا رجع الغاصب عليه
بالقيمة عند اختيار المالك العبد وقد ظهر لانه عامل له كالوكيل ولو اقر بقبض ضمانه
برئ الغاصب لانه حين استودعه فقد اذن له بقبض القيمة لانه من الحفظ ولو كان
امة واستولدها ثبت النسب استحسانا لان المضمون ممن له حق التضمين
اورث شبهة والنسب يثبت بادنى شبهة كما لو زفت اليه غير امرأته والولد رقيق
لان الحرية لا تثبت بالشبهات ٥ غصب دهنا وزنة ومية اثر فانكسر ضمن قيمته
من خلاف جنسه ولو غصب كر بر فابتل عنده وزاد قدر ثلث الكر ضمن الغاصب
مثل الكر المغصوب وملك المغصوب بالضمان وان كان فيه فضل لان الملك في
المغصوب يستند فيكون الزيادة حاصلة على ملكه وكذا لو غصب طعاما فعفن عنده
ضمن مثله وان عجز عن المثل قضي بالقيمة ٥

كتاب الشفعة

هي تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة او الجوار وهي ماخوذة من الشفع وهو الضم
سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع وسببها الاتصال وشرطها معاوضة
مال بمال ويجب للخليط في نفس المبيع فان سلم فللخليط في حق المبيع كالشرب والطريق فان
سلم فللجار والشفعة ثابتة لهؤلاء على الترتيب اما الثبوت لهؤلاء فلقوله عليه السلام الشفعة
لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له
وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد الخليط فقد وجدت في الشرب ولقوله
عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وروي الجار
احق بشفعته وقال المطرزي السقب القرب والصاد لغة وروي بصقبه وقال
الشافعي لا شفعة الا بالشركة في البقعة لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا
وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وهذا يقتضي ان جنس الشفعة فيما
لم يقسم اذ الالف واللام للجنس لعدم المعهود والدليل عليه انه قال في رواية انما الشفعة
فيما لم يقسم وانما لتقرير الحكم في المذكور ونفيه عما عداه وقوله وصرفت الطرق اي حصل
لكل قسم طريق على حدة ولان القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لانه يملك على
المشتري بغير رضاه وذا لا يجوز لقوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه
الا انا تركنا القياس بالسنة وهي فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان حق الاخذ ثم

لدفع ضرر مؤنة القسمة احدا ولم يقصد مطالبة المشتري بالقسمة فلحقه مؤنة القسمة وهذا لا
يوجد في حق الجار ولنا ما روينا وفيما روي بيان ان للشريك شفعة وتخصيص
الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه وانما قد يقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور
قال الله تعالى انما انت منذر ولهذا الحديث ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد به
نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما روينا ولان ملكه متصل بالمبيع اتصال
تأبيد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة عند وجود معاوضة المال بالمال
كالشريك وهذا لان الاتصال على هذا الوجه انما صار سببا لدفع ضرر التأذي
بسوء المجاورة على الدوام حتى لا يثبت للمستأجر والمستعير اذ هو مادة المضار من
حيث ايقاد النار واعلاء الجدار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار ولا يندفع ذلك
الا بتملك اصلهما على الآخر فرجح الاصيل على الدخيل بان يدفع ضرره بتحويل الصفقة الى
نفسه اذ لا ضرر للدخيل بان يعود الى رأس ماله وانما عدم زيادة فضله ولا
يدل للاصل بل زجر عن حظه لا باشد ضرر من ترك الحادث وقوله المعنى في
الاصل ضرر القسمة قلنا يجوز ان يكون الاصل معلولا بعلتين على ان ضرر القسمة ضرر
مستحق عليه شرعا وما وجب شرعا وصار حقا عليه لا يصلح علة لعوض ضرر المشتري
بملك ماله بغير رضاه وانما المدفوع ضرر ليس بحق عليه شرعا واما الترتيب فهو لا
لقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك يكون في
نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولانه لما ثبت ان سبب الاستحقاق
الاتصال وذا في حق الشريك في نفس المبيع اقوى لوجود اتصال كل جزء من المبيع بجزء
من ملكه ثم بعده الشريك في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك وحقوقه ثم بعده الجار
وقوة السبب موجبة للترجيح ولان الضرر في حق الشريك بسوء الجوار ومؤنة القسمة
وضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا لان الترجيح ابدا انما يكون بما لا يكون علة للاستحقاق
وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة فان سلم
فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا والمراد بهذا الجار الملاصق
وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وصورته منزل مشترك
بين اثنين في دار هي لقوم في سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل
فالشريك

فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء في الدار احق بالشفعة من الشركاء في السكة
لانهم اخص قربا للشركة منهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة احق بالشفعة للشركة في الطريق
فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة اخرى
وعن ابي يوسف انه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم
محجوبون به وجه ظاهر الرواية ان السبب ثابت في حق الكل الا ان الشريك مقدم فاذا
سلم كان لمن يليه ان يستوفي كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه اذا
سقط حقهم بالابراء كانت التركة لغرماء المرض في التركة فانه ولهذا قلنا يحتاج الجار
ان يطلب الشفعة اذا علم بالبيع مع الشريك حتى اذا سلم الشريك يمكن من اخذه
فان لم يطلب بعد علمه حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك والشريك في المبيع
قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على
الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار لان اتصاله اقوى ثم لا بد ان يكون
الشركة في الطريق او الشرب خاصة حتى يستحق بها الشفعة فالطريق الخاص ان لا
يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن ثم قيل ارادوا به اصغر
السفن وما تجري فيه السفن فهي شركة عامة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة او بستانان او ثلاثة
وما زاد على ذلك فهو عام وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة
وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا
لانه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور وليس لهم ان يفتحوا فيها بابا وان كانت كالمملوكة لا
وان بيعت في العليا فلاهل السكتين لان لاهل السفلى حق المرور فيها ولو كان نهرا
اخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق كما بينا وواضع الجذوع على الحائط
والشريك في الخشبة يكون على حائط الدار جار وتأويله اذا كان له حق وضع
الخشبة على الحائط من غير ان يملك شيئا من رقبة الحائط لانه اذا كان هكذا
فله حق التسفل لا غير فكان جارا لا شريكا وكذا لو وضع الجذوع لا يصير شريكا
في الدار وانما هو جار ملازق والشفعة عندنا على عدد الرؤوس دون مقادير
الانصباء وقال الشافعي على مقادير الانصباء وبيانه في دار بين ثلاثة لاحدهم

نصفها ولاخر ثلثها ولاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الاخران الشفعة قضى بالشقص المبيع بينهما عند الشافعي اثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس قضى بينهما اخماسا وان باع صاحب الثلث قضى بينهما ارباعا وعندنا يقضى بينهما نصفان في الكل له ان الشفعة من مرافق الملك لانها تستحق بالملك وتجب لتكميل منفعة الملك فيكون على قدر الملك كالولد واللبن والثمر والربح والغلة في الملك المشترك ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستويان في الاستحقاق وهذا لان علة الاستحقاق اصل الملك لا قدره ولهذا لو باع صاحب الكثير حصته كان لصاحب القليل ان ياخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير ان ياخذ الكل بالشفعة فملك كل جزء من المبيع علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة وكثرة الاتصال تشعر بكثرة العلة والترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة لان ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحا كما في كثرة الشهود وكثرة الجراحات وكثرة الاقيسة وعند ظهور الترجيح المرجوح مدفوع بالراجح وههنا لا يبطل صاحب القليل فعرفنا انه لا ترجيح في جانبه واللبن والثمر ونحوهما متولد من العين فيتولد بقدر الملك اما الملك ملك عين فلا يتولد من ملكه فلا يجعل كالثمرة واللبن والولد ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان السبب كامل في حق كل واحد منهم والنقصان للمزاحمة وقد زالت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لانه لو امتنع لامتنع لطلب الغايب وهو مشكوك فيه فلا يمتنع الاستيفاء للحضور بالشك ثم ان قضى للحاضر بالكل ثم حضر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث قضى له بثلث ما في يد كل واحد رعاية للتسوية بينهم فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالكل لا ياخذ القادم الا النصف لان القاضي لما قضى بالكل للحاضر قطع حق الغايب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء والشفعة تجب بعقد البيع اي بعده لانه سبب لما مر ان سببها الاتصال وهذا لان الشفعة انما تجب عند رغبة البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها الا ترى انه يكتفى بثبوت البيع في حقه ولهذا كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة اذا اقر البائع بالبيع وان كذبه المشتري لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يسلك المشتري لانكاره ويستوثق بالاشهاد لانه

لابد من طلب المواثبة لان حق الشفعة ضعيف يبطل بالاعراض قال عليه السلام الشفعة كحل العقال ولابد من اثبات طلبه عند القاضي ولا يتمكن من ذلك الا بالاشهاد وتملك الاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم ياخذ الدار وهذا لان الملك قد تم للمشتري فلا ينتقل عنه الى الشفيع الا بالرضا او القضاء كما في الرجوع في الهبة وفائدته تظهر فيما اذا مات الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او يسلم المشتري لا تورث عنه في الصورة الاولى ويبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لعدم الملك له

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

فان علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه على طلبه ثم على البائع لو كان المبيع في يده او على المبتاع او عند العقار ثم لا يسقط بتاخره اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه احدها طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب واخره بطلت شفعته لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولانه اذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريحه ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرا الكتاب الى اخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم وهو اختيار الكرخي لان الشرع اوجب له حق التملك ببدل ولو اوجب له البائع ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فههنا مثله وعلى هذه الرواية اذا علم فقال الحمد لله لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله فهو على شفعته لان الاول حمد على الخلاص من سوء جوار البايع مع الامن من ضرر الدخيل بالشفعة والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه كما هو عرف بعض الناس فلا يدل شيء منه على الاعراض لانه قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد يصلح له بثمن دون ثمن وكان التعرف عن هذا تحقيقا للطلب لا اعراضا عنه والمراد بقوله اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم وانما الاشهاد لمخافة الجحود حتى لو جحد المشتري هذا الطلب فالشهود يشهدون له على ذلك ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة

لقوله طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان العبرة للمعنى وفي العرف يراد بهذه
الالفاظ الطلب للحال لا الخبر عن امر ماض او مستقبل حتى قال الشيخ الامام
ابو بكر محمد بن الفضل الرستاني اذا سمع بيع ارض بجنب ارضه فقال شفعة
شفعة كان ذلك منه طلبا واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد
حتى يخبره بذلك رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة
وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة
اذا كان ذلك الخبر حقا وهو نظير اختلافهم في عزل الوكيل وحجر المأذون
وهذا بخلاف المخيرة اذا بلغها التخيير فانه لم يعتبر في التخيير احد شرطي الشهادة
عند ابي حنيفة لانه ليس فيه الزام حكم بل هو ابقاء ما كان على ما كان في حق الشفيع
الزام حيث يلزمه ضرر سوء الجوار بخلاف ما اذا قال المشتري للشفيع قد
اشتريت فلم يطلب فانه يبطل شفعته وان لم يكن عدلا لانه خصم في هذا والعدالة
غير معتبرة في الخصومة وثانيهما طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه
لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور
العلم بالشرى فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير لو سمع الشرى بحضرة البائع
او المشتري او الدار وطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه
ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا في الفتاوى الظهيرية وبيانه ان ينهض
من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده بان لم يسلم الى المشتري لان اليد له
او على المشتري لان الملك له او عند العقار لتعلق الحق به واذا فعل ذلك
استقرت شفعته ومحل هذا الطلب عند ارادة التملك حتى لو لم يطلب بعد ما
تمكن الطلب الثاني عند حضرة البائع او المشتري او الدار بطلت شفعته نفيا للضرر
عن المشتري لانه ربما يتصرف في الدار وان لم تكن الدار في يد البائع لا يصح منه
لانه لم يبق له يد ولا ملك فصار كالاجنبي كذا ذكره القدوري في شرحه وذكر
شيخ الاسلام خواهر زاده انه يصح استحسانا لان الاشهاد حصل على العاقد فيصح
كما يصح على المشتري وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار
وانا شفيعها وكنت طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهدوا على ذلك وعن ابي

يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده ولان المطالبة انما تصح في المعلوم فاذا لم يبين
المطلوب لم تكن المطالبة اختصاص بالمبيع فلم يتعلق بها حكم والثالث طلب الخصومة
والتملك وسنبين كيفيته ان شاء الله تعالى ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب
عند ابي حنيفة وهو ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن محمد ان تركه ذلك شهرا
بعد الاشهاد بطلت شفعته وهو قول زفر ومعناه ان تركها من غير عذر كالمرض والحبس
ونحوهما لانه لو لم يسقط حقه بتاخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري فانه يتعذر عليه
التصرف مخافة ان ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدرنا بالشهر لانه في
حكم الاجل وما دونه عاجل بدليل السلم والثمن وعن ابي يوسف انه اذا ترك
المخاصمة اختيارا في مجلس القاضي تبطل الشفعة لانه دليل على اعراضه وتسليمه
وجه ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان حقه قد تقرر شرعا فلا يبطل بتاخيره
كسائر الحقوق الا ان يسقطها بلسانه وما ذكر من الضرر يمكنه ان يرفع الامر
الى القاضي حتى يامره بالاخذ او الترك فان لم يفعل فهو الذي اضر بنفسه الا ترى
ان الشفيع لو كان غائبا لا تبطل شفعته ولا فرق في حق المشتري بين الحضرة
والغيبة ولو علم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق
لانه لا يمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا فان طلب الشفيع
الشفعة عند قاض سأل المدعى عليه فان اقر بملك ما يشفع به او نكل او برهن
قضي بها اعلم انه اذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة
سأل القاضي المدعى عليه فان اقر بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة
لان اليد محتمل ان يكون بملك وغير ذلك والمحتمل لا يصلح ان يكون حجة للاستحقاق
على الغير وقال زفر وابو يوسف في رواية يستحق الشفعة بظاهر الملك باعتبار اليد ولا
يحتاج الى اقامة البينة وهو رواية عن ابي يوسف لان اليد دليل الملك
الا ترى انه اذا راى شيئا في يد انسان حل له ان يشهد بالملك بناء على
اليد وينبغي ان يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع
الدار المشفوعة وحدودها لانه يدعي فيها حقا فصار كما لو ادعى رقبتها ولم
يشترط التحديد لان الدعوى انما تصح بعد اعلام المدعى واعلامه بذكر الحدود

فاذا تقدم اليه سأله عن السبب الذي به يدعي الشفعة لاختلاف اسبابها فلا بد من
البيان ليظهر ان ما جعله سببا هل هو سبب ام لا فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها
ومن حدودها انضام دعواه الا ان فان عجز الشفيع عن اقامة البينة استحلف
المشتري بالله ما يعلم انه مالك للدار التي يطلب الشفعة بها معناه بطلب الشفيع
لانه حقه وهذا لانه ادعى عليه امرا لو اقر به يلزمه فاذا انكر يستحلفه وانما
حلف على العلم لانه استحلاف على ما في يد غيره فان نكل او قامت للشفيع بينه
ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعده يسال القاضي المدعى عليه
هل اشترى ام لا فان انكر الشرى يقال للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا
بعد البيع وثبوته يكون بالحجة فان عجز عن اقامة البينة استحلف المشتري بالله
ما اشتريت هذه الدار او بالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه
الذي ذكره فالاول على السبب والثاني على الحاصل وقد مر بيانه في الدعوى
وانما حلفه على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله
يحلف على البتات وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القضا فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر
رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن
ابي حنيفة لجواز ان يكون الشفيع مفلسا فيتوى مال المشتري وقال عليه السلم
لا توى على مال امرئ مسلم وجه ظاهر الرواية ان الثمن قبل القضا غير واجب عليه فلا يجب
احضاره وهذا لان الاحضار للتسليم ولا يجب عليه تسليمه قبل القضا واذا قضى
القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري ان يحبس الدار حتى يستوفي الثمن
لانهما نزلا منزلة البايع والمشتري وينفذ القضا عند محمد ايضا لانه قضا في
فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر بعد اداء الثمن بعد
ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته عند محمد لتأكدها بالقضا وللشفيع
ان يخاصم البايع اذا كان المبيع في يده لان البايع يصير مستحقا عليه يدا وكان
الخصومة بانه قبله كالمالك ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ
البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه لان الملك

للمشتري واليد للبايع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا والقاضي يقضي بهما للشفيع فيشترط
حضورهما لذلك بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يشترط حضور
البايع لان حكم العقد في حق البايع قد انتهى بالتسليم الى المشتري وصار هو كالاجنبي
اخر ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري لانه اذا اخذ
الشفعة فات ما له القبض المستحق بالعقد في حق المشتري واذا وجب انفساخ البيع
كما لو هلك المبيع قبل القبض الا انه يبقى اصل البيع لان قول البايع للمشتري بعت
ايجاب للبيع وقوله منك اضافة اليه فاذا اخذ الشفيع بالشفعة صار كان
ذلك البيع اضيف الى الشفيع بعد ان كان مضافا الى المشتري فيفسخ البيع في
حق الاضافة اليه الا انه يبقى اصل العقد كما اذا رمى سهما الى انسان فتقدم عليه
غيره فاصابه فالرمي في نفسه لم يتبدل ولكن الارسال والتوجه على الاول
قد انقطع بتخلل هذا الثاني فخرج من ان يكون مقصودا بالرمي فكذا هنا تحولت الصفقة
اليه كان العقد من الابتدا وقع معه وقال الشافعي العهدة على المشتري بكل
حال سوا اخذها من يد البايع او من يد المشتري لان عنده حقوق العقد ترجع
الى المالك والوكيل بالشرى خصم للشفيع ما لم يسلم لان الاخذ بالشفعة من حقوق
العقد وحقوق العقد ترجع الى العاقد والعاقد هو الوكيل الا ان يسلم الدار الى الموكل
فيكون الموكل هو الخصم لانه لا يد للوكيل ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبايع
والموكل كالمشتري ليشترط حضورهما كما شرط ثم لما انه نايب عن الموكل
وكان لحضوره لحضور الموكل في الخصومة قبل التسليم بخلاف البايع من المشتري
فانه لا يكتفي بحضرة البايع حتى يحضر المشتري لان البايع ليس بنايب عن المشتري
وكذا اذا كان البايع وكيلا لغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في
يده لانه عاقد وكذا اذا كان البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه على ما سيجي في
موضعه ان شاء الله تعالى وللشفيع الرد بخيار الرؤية والعيب وان شرط
المشتري البراءة منه على من اخذها منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرى
لتحول الصفقة اليه فتثبت فيه الخياران كما في الشرى ولا يسقط بشرط
البراءة من المشتري ولا برؤيته لان المشتري ليس بنايب عن الشفيع فلا يعمل شرطه

وروايته في حقه ٥ **فصل في الاختلاف** وان تنازع الشفيع والمشتري في الثمن
فالقول للمشتري لان الشفيع يدعي حق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكر والقول
للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لا نص هنا والتحالف في غير مورد النص انما يكون اذا
ادعى كل واحد على الاخر حقا والمشتري هنا لا يدعي على الشفيع شيئا لان المدعي هو الذي
لو ترك ترك والمخير بهذه الصفة الشفيع لا المشتري ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي البينة بينة المشتري لانها تثبت
زيادة الثمن والبينات للزيادة من الحسن اولى بالعمل كما لو اختلف البائع والمشتري
او الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن او المشتري من العدو مع المالك القديم في
ثمن العبد المأسور واما ما البينة فان بينة البائع والوكيل والمشتري من العدو اولى
لما فيها من اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع الا ترى
انه لو اشترى مرتين مرة بالف ومرة بالفين كان للشفيع ان ياخذ بايهما شاء فعرفنا انه لا تنافي
بينهما فحققه فيجعل في حق الشفيع كان الشراء بايهما شاء فله ان ياخذ بايهما شاء بخلاف
البائع مع المشتري لان العمل بالبينتين ثم غير ممكن فالعقد الثاني لا يتصور الا بانفساخ
الاول في حقهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع فامكن
اعتبار البينتين في حقه فلا نصار الى الترجيح واما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا
فقد روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل ولئن سلم فلان الوكيل مع
الموكل كالبائع مع المشتري وقد بينا العذر فيه واما المالك القديم مع المشتري
من العدو فقد نص في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم قلنا ان نمنع
ولئن سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لان الشرى
الثاني لا يصح الا بانفساخ الاول فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولان بينة الشفيع
ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام فرجح الملزم من البينتين
وهذا لانه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار شاء او ابى
واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يخير بين ان ياخذ
او يترك وبه فارق بينة البائع مع المشتري وبينة الوكيل مع الموكل لان
كل واحد منهما ملزمة فرجحنا بالزيادة وفي مسألة المشتري من العدو نقول

على هذه الطريقة البينة بينة المالك القديم لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة ولو ادعى
المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض البائع الثمن اخذها الشفيع بما قال
البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وذلك لان الثمن ان كان كما قال البائع
فظاهر وان كان اكثر كما قال المشتري فقد حطه الثمن عن المشتري والحط عن المشتري
حط عن الشفيع لما نبين ان شاء الله تعالى ٥ ولو ادعى البائع اكثر تحالفا وترادا
وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فاخذها الشفيع بذلك لان النكول
بمنزلة الاقرار لما يدعيه صاحبه وان حلفا فسخ القاضي العقد بينهما واخذها الشفيع
بما قال البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع كما لو رد عليه بعيب
بقضاء قاض وان كان قبض الثمن اخذها بقول المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول
البائع لان حكم البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن اليه فصار هو كاجنبي اخر فلا
قول له بعد في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول
للمشتري وان كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن
اخذها الشفيع بالف لانه اخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان فيبنى الحكم عليه وان قال
قبضت الثمن وهو الف اخذها الشفيع بقول المشتري لانه لما اقر باستيفاء الثمن
اولا خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين ٥ **فصل فيما يؤخذ به الشفعة**
واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع خلافا للشافعي وان
حط كل الثمن لم يسقط واصله ما مر في البيوع ان حط البعض يلتحق باصل العقد عندنا
ويخرج المحطوط من ان يكون ثمنا فيبقى الثمن ما بقي فياخذها الشفيع بذلك وعنده لا
يلتحق ولو كان الشفيع اخذها بالف ثم حط البائع عن المشتري تسعمائة فانه
يحط ذلك عن الشفيع ايضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر انه
اخذ منه فوق حقه بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لانه حينئذ
يصير العقد بلا ثمن وان زاد المشتري البائع في الثمن لم يلزم الزيادة الشفيع
لانه استحق اخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال
الحق الثابت له فلا يملك تغييره ايضا ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر
من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول ومن اشترى دارا

بعرض اخذ الشفيع بقيمة العرض عندنا وقال اهل المدينة ياخذها بقيمة الدار دفعًا للضرر عن
المشتري بوصول قيمة ملكه اليه ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشتري
والمثل نوعان كامل وهو المثل صورةً ومعنى وقاصر وهو المثل معنى فان اشتراها بمكيل
او موزون اخذها بمثله لقدرته على المثل الكامل لانهما من ذوات الامثال وان
اشتراها بعرض اخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولكن
كان بيع الشيء بالقيمة فهو في حالة البقا فصار كما لو استحق احد العبدين ويعتبر قيمة العرض
وقت الشرى لا وقت الاخذ بالقيمة وان باع عقارا بعقار اخذ كل شفيع كل
واحد منهما بقيمة الاخر لانه من ذوات القيم والعددي المتقارب من ذوات الامثال
واذا باع دارا بثمن موجل فللشفيع الخيار ان شا اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى
ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن موجل وقال زفر والشافعي
ومالك له ذلك لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته كما لو
اشتراه بالف زيوف والاجل صفة للدين بمنزلة دين موجل ودين حال ولنا
ان التاجيل ثبت شرطا لا بمقتضى العقد ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع
او المشتري فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار والرضا به في حق المشتري لا يكون
رضىً في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة والاجل ليس بوصف للثمن لان
الثمن حق البايع والاجل حق المشتري على البايع فكيف يكون صفة للثمن وصار كما
لو اشترى شيئا بثمن موجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل في حقه بغير الذكر كذا
هنا فان اختار اخذها في الحال فان اخذها من يد البايع سقط الثمن عن المشتري
لما مر ان البيع ينفسخ في حق المشتري ويقوم الشفيع مقام المشتري وبانفساخ
العقد يسقط الثمن عن المشتري وان اخذها من المشتري ودفع اليه الثمن في الحال
كان الثمن للبايع على المشتري الى اجله لتقرر العقد بينهما فصار كما اذا باعه بثمن
حال وقد اشتراه بثمن موجل وان اختار الانتظار له ذلك لان له
ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية واذا اختار الانتظار فعليه
ان يطلب الشفعة في الحال حتى اذا لم يطلب لم يكن له ان ياخذها بعد طول
الاجل عند ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف الاخر له ان ياخذها لان

الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ فلا فايدة في طلبه في
الحال فسكوته لانه لم ير فيه فايدة لا لاعراضه عن الاخذ وجه ظاهر الرواية
ان حقه في الشفيع قد ثبت بدليل انه لو اخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت
عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته وان اشترى ذمي من ذمي دارا بخمر او
خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان البيع بالخمر والخنزير صحيح فيما
بينهم فيثبت للشفيع حق الشفعة ثم الشفيع ياخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة
ومعنى فيما له مثل والخمر بهذه الصفة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير بهذه
الصفة لانه حيوان ليس من ذوات الامثال وان كان شفيعها مسلما اخذها
بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فلانه من ذوات القيم واما الخمر فلان
المسلم عاجز عن تسليمها وتسلمها فالتحق بذوات القيم وان كان شفيعها مسلما
وذميا اخذ الذمي نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر
اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لانه عجز عن
تملك الخمر باسلامه فياخذ بالقيمة كما لو كان مسلما عند العقد ولا تبطل شفعته
لان الاسلام سبب لتاكيد حقه لا لابطاله فصار كما لو اشترى دارا بكر من
رطب فجا الشفيع بعد ما انقطع الرطب من ايدي الناس فانه ياخذ الدار بقيمة
الرطب كذا هنا واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار
ان شا اخذها بالثمن وقيمة البنا والغرس مقلوعا وان شا كلف المشتري قلعه
وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البنا والغرس
وبين ان يترك وبه قال مالك والشافعي لان له ان لا يرضى بضرر هذا الجار
ولكن ليس له ان يضربه بنقض بنايه فان رضي بذلك فله الاخذ بقيمته
كالغاصب اذا بنى في الدار المغصوبة وكالراهن اذا بنى في المرهون
وهذا لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري لتقدمه عليه ولهذا ينقض
بيعه وهبته وتسليمه واجارته وجعله مسجدا او مقبرة وجعل ذلك كالتصرف
في ملك الشفيع في حق النقض فكذا تصرفه بنا او غرسا لانه تضرر الشفيع
من حيث انه يلزمه زيادة في الثمن ولم يرض به بخلاف الموهوب له اذا بنى

في الموهوب او المشتري شراء فاسدا اذا بنى على قول ابي حنيفة لحصوله بتسليط من جهة من
له الحق وهو الواهب او البايع ولا تسليط هنا ولان حق الاسترداد للبايع والواهب
ضعيف حتى لا يبقى بعد البناء وهذا الحق قوي حتى يبقى بعده فلا معنى لايجاب القيمة كما في
الاستحقاق فان قيل في تكليف المشتري القلع الحاق ضرر لا جابر له ولو اوجبنا قيمة
البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن الا ان له جابرا
لانه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والضرر بعوض اهون من الضرر
بغير بدل فيجب دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى قلنا الترجيح انما يكون بعد المساواة
في اصل الحق ولا مساواة هنا لتقدم حق الشفيع ولهذا لا يوافقه لو احدثه فيحتاج
الى قلعه فيلزمه ضرر زايد واما اذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع فله ان
ياخذها بالشفعة ويقلع الزرع لما بينا وفي الاستحسان لا ياخذها بالشفعة
حتى يدرك الزرع لان الزرع له نهاية معلومة فلو اسقطنا حق القلع في
الحال لادى الى اضرار المشتري ولو اخرنا الى ان يدرك تاخر حق الشفيع وضرر
التاخير دون ضرر الابطال فكان تحمله احق ولو اخذها الشفيع بالشفعة فبنى
فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه ظهر انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة
البناء والغرس على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف
انه يرجع كالمشتري اذا بنى فاستحقت فانه يرجع بقيمة البناء على البايع ووجه
المشهور ان حق الرجوع بقيمة البناء انما يثبت لدفع الغرور والبايع التزم السلامة
للمشتري عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورا من جهة البايع ولا غرور في حق
الشفيع لانه يملك على صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه فلا يرجع ولان البايع
بايجاب البيع سلط المشتري على البناء والماخوذ منه بالشفعة لم يسلط الشفيع
على البناء بل هو مجبر على تسليمها اليه فلا يرجع بقيمته عليه كجارية اسرها الكفار
واحرزوها بدارهم ثم اخذها المسلمون فوقعت في سهم غاز فاخذها المالك
القديم بالقيمة واستولدها فجاء مستحق واقام البينة انها امته دبرها قبل
الاسر وقضي عليه لانها لا تملك بالاحراز وتضمن العقر وقيمة الولد للمستحق
ويرجع المستولد على الغازي بقيمتها التي دفعها اليه لانه دفع القيمة ليسلم له الامة

ولا يرجع عليه بالعقر وقيمة الولد لان الماخوذ منه مجبر على الدفع اليه فلا يصير غارا اياه
وكذا ان قسمت بين اثنين فبنى احدهما ثم استحقت حصته لا يرجع على شريكه بقيمة
البناء لان كل واحد منهما مجبر على القسمة بخلاف الدارين فانهما لو اقتسماها
واخذ كل واحد منهما دارا وبنى احدهما ثم استحقت فانه يرجع على شريكه بنصف
قيمة البناء لانه بمنزلة البيع واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف
شجر البستان بغير فعل احد فللشفيع ان ياخذها بكل الثمن ان شاء وقال الشافعي
في قول ياخذ بالحصة واصله ان الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف عندنا
حتى ان بفوات الوصف في يد البايع لا يسقط شيء من الثمن وعنده يسقط ثم
البناء وصف وتبع ولهذا ادخل في بيع الارض من غير ذكر وهذا لان قوام البناء
بالارض كقوام الوصف بالموصوف فاذا فات البناء فقد فات ما هو تبع ووصف
فلا يسقط شيء من الثمن ولهذا كان له ان يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه
الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض فان للشفيع ان ياخذ الباقي بحصته
من الثمن ان شاء لان الفايت هنا اصل وليس بوصف وان شاء ترك
لان له ان لا يتملك الا بماله وان نقض المشتري البناء فللشفيع ان ياخذ الارض
بحصتها من الثمن اذا قسم على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد ان شاء
وان شاء ترك لانه بالاستهلاك صار مقصودا ما اخذ فيسقط ما من الثمن بخلاف
الاول لان الهلاك بافة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه منقول وانما
كان ياخذه قبل النقض بطريق التبعية وقد زالت التبعية ومن ابتاع ارضا ونخلا
وبها ثمر فللشفيع ان ياخذ الارض والنخل والثمر بكل الثمن ان شاء ومعنى المسئلة
ان الثمر ذكر في البيع لان الثمر لم يدخل في بيع الارض من غير ذكر وهذا
استحسان والقياس ان لا ياخذه لانه ليس بتبع للنخل ولا للارض ولهذا لا
يدخل في البيع من غير ذكر فصار كالمتاع في الدار وجه الاستحسان انه تبع ما
دام متصلا فيعطى له حكم النخل وللشفيع حق اخذ النخل فكذلك حق اخذ ما كان
تبعا له وكذا ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري فللشفيع ان ياخذه
لانه مبيع تبعا لسراية البيع اليه كما عرف في ولد المبيعة فان جذه المشتري ثم جاء

الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين لبطلان تبعيته للعقار وقت الأخذ بالانفصال فإن جذه
المشتري في الفصل الأول سقط عن الشفيع حصته من الثمن لأنه دخل في البيع قصدا
فكان له قسط من الثمن فيفوت قسطه بفواته وإن جذه في الفصل الثاني يأخذ الأرض
والنخل بكل الثمن لأنه لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد العقد والزيادة الحادثة
بعد القبض لا حصة لها من الثمن لأنه لم يرد عليها العقد ولا القبض الذي
له شبه بالعقد فنقول بها لا يوجب سقوط شيء من الثمن

باب ما يجب به الشفعة وما لا يجب

وتجب الشفعة في العقار وإن كان مما لا يقسم كالحمام والرحى والبئر والنهر والطريق
إن ملك بعوض هو مال وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم وهو بناء على أن الشفعة
عنده تجب لدفع ضرر مؤنة القسامة فيما لا يقسم لا يتحقق فيه هذا المعنى لأنه لا يندفع
بالأخذ مؤنة المقاسمة عن نصيبه وقال مالك لا شفعة في الآبار لأن النص ورد
بها في العقار ولنا قوله عليه السلم الشفعة في كل شيء عقار أو ربع وغير ذلك
من العمومات التي روينا ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر التأذي باعتبار
اتصال ملكه بملكه وهذا المعنى موجود فيما يقسم وفيما لا يقسم وشرط أن يكون
العوض مالا لأن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري
صورة ومعنى أو معنى لا صورة كما مر ولا شفعة في العروض والسفن وقال مالك
تثبت في السفن أيضا لأنها تسكن كالعقار ولنا قوله عليه السلم لا شفعة
إلا في ربع أو حائط ولأن الشفعة إنما شرعت بخلاف القياس في العقار لدفع
ضرر الجوار على الدوام وما ينقل ويحول فالتأذي فيه لا يدوم لأن الملك في المنقول
لا يدوم كما يدوم في العقار لأنه لا يشترى عادة للبيع بل لمصلحة المعاش بخلاف المنقول
فلا يلحق به ولا شفعة في بناء ونخل بيعا بلا عرصة لأنه نقلي وهذا بخلاف العلو
حيث تستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل وإن لم يكن طريق العلو في
السفل لأنه التحق بالعقار بما له من حق القرار والمسلم والذمي والذكر والأنثى
والصغير والكبير والحر والمملوك إذا كان مأذونا أو مكاتبا والباغي والعادل في
حق الشفعة سواء لأن النصوص لا تفصل ولأنهم استووا في علة الاستحقاق

وفي دفع ضرر التأذي بسوء الجوار فيستوون في الاستحقاق ولا شفعة في دار جعلت مهرا
وإن قوبل بعضها بمال وأجرة وبدل خلع وصلح عن دم عمد وعتق والأصل أن الشفعة
عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لإطلاقها لأنها ثبتت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة
مال بمال فيقتصر عليها فلا شفعة في دار تزوج الرجل عليها لأن البضع ليس بمال
فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد هي على
الزوج ألف درهم فلا شفعة في شيء منها عند أبي حنيفة وعندهما تقسم الدار على مهر مثلها
والألف درهم فما أصاب الألف تجب فيها الشفعة اعتبارا للبعض بالكل وله
أن البيع تبع النكاح هنا لأن العقد حصل بلفظ النكاح ولو كان أصلا لكان
هذا نكاحا في بيع مفسدا للبيع ولما جاز صار تبعا ولا شفعة في الأصل فكذا في
التبع وهذا لأن الشفعة إنما شرعت في المعاوضة المالية المقصودة حتى إذا باع
المضارب دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له وفي المال ربح
فإنه لا يأخذها بالشفعة في حصة الربح لأن الشفعة لم تجب فيما هو الأصل لأن
المضارب وكيل في البيع وكل من بيع له لا تجب له الشفعة فيه فلا تجب في البيع
أيضا أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو تخالع المرأة بها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق
عليها عبدا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده لأن
المتقوم حكم شرعي والشرع جعل هذه الأشياء مضمونة بهذه الأعواض وضمان الشيء
قيمة ذلك الشيء ألا ترى أن الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع عندي
متقومة كالأعيان فإذا جعل الدار عوضا عن البضع أو نحوه وقد تعذر على
الشفيع الأخذ به فله أن يأخذ بقيمته كما لو اشترى بعبد بخلاف الهبة لأنه لا عوض
فيها أصلا وقوله إنما يتأتى فيما إذا جعل شقص من دار مهرا أو أجرا ونحوهما
لما عرف ولنا أن المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا
معنى فلم يصلح قيمة له لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص
وهذا المعنى لا يتحقق بين المال والمستحق بعقد النكاح غير أن الشرع جعل ملك
النكاح مضمونا بالمهر إبانة لخطره وإعظاما لقدره وصونا لهذا العقد عن
الشبه بالإباحة على ما مر بيانه في النكاح فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة

على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا تظهر في حق الشفيع وكذا المنافع ليست باموال عندنا
ولهذا لا تضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب وانما ظهر تقومها في العقد للضرورة
فلا تظهر في غيره وكذا الدم والعتق غير متقوم لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه في المعنى الخاص المطلوب
وهو معدوم فيهما وانما وجبت الدية صيانة للدم عن الهدر والاعتاق ازالة المالية واسقاطها
فاني يقوم المال مقامه ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها دارا مهرًا لم يكن فيها شفعه لانه تقدير
لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها بمهر مثلها او بالمسمى دارا لان البيع مبادله
مال بمال فالتنصيص على لفظ البيع دليل على انه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل او المسمى
فكان هذا مبادله مال بمال ولا شفعه فيما اذا صالح عن دار بانكار او سكوت لانه
ينكر مبادله المال بالمال ويزعم انه بقي على قديم ملكه وانما بذل المال افتداء ليمينه
وقطعًا لشغبه وان صالح عنها باقرار او صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت
الشفعه اما في الاول فلوجود مبادلة المال بالمال لانه اعترف بالملك للمدعي وانما استفاده
بالصلح واما في غيره فلانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه والمرء مؤاخذ بزعمه
اما اذا كان من جنسه فانه اخذ عين حقه فلا يكون معاوضه وقد مر في الصلح ولا شفعه في
هبه لانها ليست معاوضه مال بمال فصارت كالارث الا ان يكون بعوض مشروط
لانه بيع انتهاء ولكن يشترط التقابض وعدم الشيوع في الموهوب وعوضه لانه هبه ابتداء
لما مر في الهبه وان لم يكن العوض مشروطا في العقد فلا شفعه فيهما خلافا لمالك رحمه
انه صار معاوضه فاشبه البيع ولنا ان العوض اذا لم يكن مشروطا في العقد لم يكن معاوضه
بل الهبه تبرع والعوض تبرع ولا شفعه في التبرعات وامتناع الرجوع لمكان التعويض
لا لصيرورتها بيعًا ومن باع بشرط الخيار فلا شفعه للشفيع لان خيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه فصار كان البيع وقع لازما من الاصل وتكلموا ان طلب الشفيع يشترط
عند البيع ام عند سقوط الخيار والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار لان البيع انما
صار سببا لافادة الحكم حينئذ ولان حق الشفعه ينبني على انقطاع حق البائع وحقه
انما ينقطع عنده وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعه اما عند ابي يوسف ومحمد
فلانه صار ملكا للمشتري واما عنده فلخروج الدار عن ملك البائع وحق الشفعه يعتمد انقطاع
حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري حتى اذا اقر البائع بالبيع وانكر المشتري يجب
الشفعه فان اخذها الشفيع من البائع في الثلاث فقد وجب البيع لان المشتري عجز

١٧٩

عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت الا لمن شرط له والشرط للمشتري
دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعه اما اذا
كان الخيار للبائع فلان الملك في الدار عند هذا البيع للبائع فاذا اخذها بالشفعه فهذا
نقض منه للبيع وكذا اذا كان الخيار للمشتري فان له الشفعه اما عندهما فظاهر وكذا
عنده لانه صار احق بها مع خياره وذا يكفي لثبوت حق الشفعه كالمأذون اذا بيعت
دار بجنب داره فان قيل لما كان من اصل ابي حنيفه انه لا يملك المبيع في مدة الخيار واستحقاق
الشفعه باعتبار الملك ولهذا لا يستحقه المستأجر والمستعير فكيف ثبت للمشتري الشفعه
في هذه قلنا المشتري اخص بالتصرف فيها فباعتبار تحقق الضرر المحوج الى الدفع عن نفسه صار
كالمكاتب وله جواب اخر قد مر في باب خيار الشرط واذا اخذ بالشفعه كان هذا منه اجازه
للبيع لوجود دليل الرضى بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما
بيع بجنبها بالشفعه لان اخذه اياها بالشفعه دليل على اسقاط خياره والتصريح
باسقاط خيار الشرط صحيح من المشتري وباسقاط خيار الرؤيه باطل قبل ان يراها فكذا
الدليل وهو الاخذ بالشفعه ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانيه
لانه انما يملكها الان فلا يتضرر بها جار الدار الاخرى من وقت العقد ومن ابتاع دارا شرى
فاسدًا فلا شفعه فيها اما قبل القبض فلعدم ملك البائع فيها واما بعد القبض فلاحتمال الفسخ
لان كل واحد من المتبايعين يستبد بنقضه والنقض حق الله تعالى وفي اثبات
الشفعه اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه الى التناقض بخلاف ما اذا
كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وههنا منع عن التصرف
فان سقط حق البائع في الفسخ بان بنى المشتري فيها وجبت الشفعه كما لو كان في
البيع خيار البائع فسقط الخيار وللشفيع ان ياخذها بالبيع الثاني بالثمن المذكور ونقض
البيع الثاني وياخذه بالبيع الاول بقيمته لانه اجتمع سببان فله ان ياخذ بايهما شاء فان
اخذ بالثاني اخذ بالثمن لان الشرى الثاني صحيح فقد ملك المشتري بالثمن وان اخذ
بالاول اخذ بالقيمه لان المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمه فان قيل اذا نقض البيع الثاني
وجب ان يعود حق البائع في الاسترداد وحينئذ لا يثبت للشفيع الشفعه قلنا فاري
فيها سقط حق البائع في الاسترداد ووجب على المشتري قيمتها ووجب للشفيع

الشفعة فيها عند ابى حنيفة وعندهما لا تسقط حقه فى الاسترداد ولا ملك فيها الشفعة وقد
مر فى البيوع وللشفيع ان يأمر المشترى بهدم البنا لانه لو بناه المشترى فى البيع الصحيح يكون
له حق النقض فاذا بناه فى البيع الفاسد لان يكون له حق النقض اولى ولا يلزم ان حق
البائع انما انقطع للبنا ومتى انهدم طرحه ومتى طرحه تبين انه لا شفعة لانه انما يبطل
حقه اذا لم يتعلق به حق الغير وقد تعلق حق الغير به وصار كالبيع فان اخذها المشترى
مبنيا على هذا الخلاف وهل ينقطع حقه اجماعا وان بيعت دار بجنبها وهى فى
يد البائع بعد فللبائع ان ياخذها بالشفعة لان الاولى فى ملكه بعد فيكون جارا لملكها
للدار الاخرى فان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم
بالشفعة له بطلت شفعته كما لو باعها بخلاف ما لو سلم بعد الحكم لان بقا ملكه فى
الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط تبقى الماخوذة بالشفعة على ملكه
فان بيعت دار بجنبها والدار فى يد المشترى فطلب الشفعة ثم استردها البائع
من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت الشفعة لانه انقطع ملكه عن الدار التى
يشفع بها قبل الحكم بالشفعة له وان استردها بعد الحكم بالشفعة له بقيت المشفوعة
على ملكه لما مر ولا شفعة فى قسمة اى اذا اقتسم الشركا العقار فلا شفعة
لجارهم بالقسمة لان القسمة تشتمل على الافراز والمبادلة الا ترى ان الممتنع عنها
يجبر عليها والشفعة انما شرعت فى المبادلة المطلقة فلا تتعداها ومن اشترى دارا
فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية او شرط او عيب بقضا قاض
فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فيعود الى قديم ملك البائع فلا تتجدد للشفيع
الشفعة لان الشفعة فى انشا العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه وان
ردها بعيب بغير قضا او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة خلافا لزفر لان العقد انفسخ
بالرد بالعيب والاقالة لان الاعتبار لقصد المتصرف وهما قصدا الفسخ
ولنا ان الرد بالعيب بغير قضا والاقالة بمنزلة البيع المبتدا لانه تم بتراضيهما
فى مجلس كل واحد منهما مالا مقوما وليست المعاوضة الا هذا غير انهما قصدا الفسخ
ولهما ولاية على انفسهما فكان فسخا فى حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بيعا جديدا
فى حق الثالث والشفيع ثالثهما فيتجدد به حق الشفعة ومراده الرد بالعيب بعد

القبض لان بعد القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير قضا لعدم تمام الملك ولهذا ينفرد الراد به
من غير ان يحتاج الى رضى صاحبه او قضا قاض وفى الجامع الصغير ولا شفعة ولا قسمة ولا خيار
رؤية بخيار ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية كما بينا وقد روى بنصب الخيار
عطفا على الشفعة ومعناه ان لا يثبت خيار الرؤية فى القسمة وهو غير صحيح بل المنصوص
عليه فى كتاب القسمة ان يثبت خيار الرؤية والشرط فى القسمة لانهما يثبتان لخلل فى الرضى
فيما يتعلق لزومه بالرضى وقد وجد ذلك فى القسمة وصحح شمس الائمة السرخسى الرواية
بالنصب ايضا وقال لا يثبت خيار الرؤية فى القسمة سوا كانت القسمة بقضا او
برضا وبه قال بعض المشايخ رحمهم الله

باب ما يبطل به الشفعة

وتبطل الشفعة بترك احد الطلبين اى طلب المواثبة وطلب التقرير حتى لو ترك الشفيع
طلب المواثبة حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بان لم ياخذ احد بفمه او لم يكن فى
الصلوة بطلت شفعته لانها تبطل بالاعراض وذا امارة حاله الاعراض روى
بالانفراد وكذا لو طلب المواثبة ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار لما مر
وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ويرد العوض لانه اسقط حقه مختارا ورضى
بجواره ولكنه طمع فى غير مطمع وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفعة
ليس بملك لانه حق التملك ولا حق فى المحل قبل التملك فلا يصلح الاعتياض عنه
لانه يكون رشوة ولان حق الشفعة ثبت على خلاف القياس لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته
فى حق الاعتياض ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد وهو شرط
المال فيه اولى بيانه انه لو قال الشفيع اسقطت شفعتى فيما اشتريت على ان
تسقط شفعتك فيما اشتريت فانه تسقط شفعته وان لم يسقط المشترى شفعته
فعلم ان اسقاط الشفعة لا يتعلق بالشرط الجائز اذ المعنى به ان يكون ملائما للاسقاط
واسقاط الشفعة بالعوض المالى شرط فاسد لانه غير ملائم لانه اعتياض عن مجرد
الحق فى المحل وهو حرام ورشوة وان لم يتعلق بالشرط ويصح الاسقاط وكذا لو
باع شفعته من البائع او من المشترى بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا
يحتمل التمليك فصار كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها
وهذا بخلاف الاعتياض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصلح

العقد م

وبعد اسقاط الرق بالعتق لانه لك دلك ملك متقرر في المحل اما ملك النكاح وملك العبد وطاهر
ولذا القصاص لان ملك المحل في حق القتل ولهذا اتمكن من استيفايه بلا قصاص ورضا
فكان اعتياضا عن ملك في المحل فصح وهذا كما لو قال للمخيره اختاريني بالف او قال العنين
لامراته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت بطل خيارها ولم يثبت العوض واختلفت
الرواية في الكفالة بالنفس اذا اسقطها بعوض ففي رواية الكفالة باطلة والعوض باطل
كما في الشفعة وهو الاصح وفي رواية اخرى الكفالة لا تبطل ولا يجب المال وقيل
هذه رواية في الشفعة لا يصح الاعتياض ولا تبطل الشفعة وقيل هي في الكفالة
خاصة والفرق ان الشفعة تبطل بالاعراض بخلاف الكفالة واذا مات الشفيع
بعد البيع قبل القضاء بالشفعة بطلت شفعته ولم تنتقل الى وارثه حق الشفعة وقال
الشافعي يورث عنه وان مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبضه لا تبطل شفعته
له ان هذا حق معتبر في الشرع فيورث عنه كالقصاص وحق الرد بالعيب
ولنا انه مجرد حق التملك وهو ولاية التملك وذا لا يبقى بعد موت صاحب الولاية
فكيف يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص
حتى صح الاعتياض عنه والعين المملوك تبقى بعد موت المالك فاما الدار فلم تصر مملوكة للشفيع
ولهذا لا يصح الاعتياض ولا يملكها الا بتمليك القاضي او باخذ العاقدين والجواب عن
حق الرد بالعيب من باب خيار الشرط فيهما لطلان وان مات المشتري لم تبطل الشفعة
لان الحق باق وثبوت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق بخلاف موت الشفيع
فان السبب الذي كان ياخذ به الشفعة زوال بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت
الاخذ شرط ولهذا لو باع ملكه قبل ان ياخذ المشفوع لم يكن له ان ياخذ بالشفعة فكذا
اذا زال بموته والثابت للوارث جوارا وشركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة
ولا يباع في دين المشتري ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فيكون مقدما على
من يتلقاه من قبله وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي او الوصي في دين الميت فللشفيع
ان يبطل البيع وياخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حيوته وهذا لان بيعه
تضمن ابطال حقه فلا يكون مسلما منه وكذا لو اوصى المشتري فيها بوصية اخذها الشفيع
وبطلت الوصية كما لو تبرع بها في حيوته بالهبة واذا باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شرى

١٨١

مع المالك القديم في ثمن العبد الماسور واما الشبه فان بيع البائع والوكيل والمشتري
من العدو اولى لما فيهما من اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين الشبهين في حق الشفيع الا ترى
انه لو اشترى مرتين مرة بالف ومرة بالفين كان للشفيع ان ياخذ بايهما شاء فعرفنا انه لا
تنافي بينهما في حقه فيحصل في حق الشفيع كان الشراء تناب فله ان ياخذ بايهما شاء بخلاف
البائع مع المشتري لان العمل بالشبهين غير ممكن لان العقد الثاني لا يتصور الا بانفساخ الاول
في حقهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة وهذا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع فامكن اعتبار الشبهين
في حقه فلا يصار الى الترجيح واما الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري وقد بينا العذر
فيه واما المالك القديم مع المشتري من العدو فقد نص في السير الكبير ان الشبه بينه
المالك القديم قلنا ان منع ولئن سلمنا فهناك العمل بالشبهين غير ممكن في حق المالك القديم
لان الشري الثاني لا يصح الا بانفساخ الاول فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولان
بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام فترجح الملزم منه
الشبهين وهذا لانه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار شاء او
ابى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير ان ياخذ او يترك
وبه فارق بينة البائع مع المشتري وبينة الوكيل مع الموكل لان كل واحد منهما ملزمة
فرجحنا بالزيادة وفي مسالة المشتري من العدو نقول على هذه الطريقة البينة بينة المالك
القديم لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة ولو ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع
اقل منه ولم يقبض البائع الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري
وهذا لان الثمن ان كان كما قال البائع فظاهر وان كان اكثر كما قال المشتري فقد حط
الثمن عن المشتري والحط عن المشتري حط عن الشفيع لما نبين ان شاء الله تعالى ولو ادعى
البائع اكثر تحالفا وترادا وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع
بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار لما يدعيه صاحبه وان حلفا فسخ القاضي العقد
بينهما واخذها الشفيع بما قاله البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع
كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاض وان كان قبض الثمن اخذها بقول المشتري ان

شيئا ولم يلتفت الى قول البائع لان حكم البيع في حق البائع انتهى بوصول الثمن اليه فصار هو
كالاجنبي فلا قول له بعد في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون
القول للمشتري وان كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت
الثمن اخذها الشفيع بالف لانه اخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان فبنى الحكم عليه وان
قال قبضت الثمن وهو الف اخذها الشفيع بقول المشتري لانه لما اقر باستيفاء الثمن
اولا خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين **فصل فيما يؤخذ به المشفوع**
واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع خلافا للشافعي وان حط
كل الثمن لم يسقط واصله ما مر في البيوع ان حط البعض يلتحق باصل العقد عندنا
ويخرج المحطوط من ان يكون ثمنا فيبقى الثمن باقيا فياخذها الشفيع بذلك ايضا حتى
وعنده لا يلتحق ولو كان الشفيع اخذها بالالف ثم حط البائع عن المشتري شيئا فانه
يحط ذلك عن الشفيع ايضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر انه اخذ منه
فوق حقه بخلاف حط الكل فانه لا يلتحق باصل العقد لانه حينئذ يصير العقد بلا ثمن
وان زاد المشتري البائع في الثمن لم تلزم الزيادة الشفيع لانه استحق اخذها بالثمن الاول
قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له ولا يملك تغييره ايضا ونظيره
الزيادة اذا جدد العقد بالزيادة من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها
بالثمن الاول ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمة العرض عندنا وقال اهل
المدينة ياخذها بقيمة الدار دفعا للضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه اليه
ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة
ومعنى وقاصر وهو المثل معنى فان اشتراها بعرض اخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل
الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان بيع الشيء بالقيمة فهو حالة البقاء وصار كما لو
احد العبدين ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الاخذ بالقيمة والعددي
المتقارب من ذوات الامثال واذا باع دارا بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء
اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في

الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعي ومالك له ذلك لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي
يملك به المشتري بصفته كما لو اشتراه بالف زيوف والاجل صفة للدين يقال دين مؤجل
ودين حال ولنا ان التاجيل يثبت شرطا لا بمقتضى العقد ولا شرط فيما بين الشفيع
والبائع او المشتري فلا يثبت في حق الشفيع والرضا به في حق المشتري لا يكون رضا في
حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة والاجل ليس بوصف للثمن لان الثمن للبائع والاجل
حق المشتري على البائع فكيف يكون صفة للثمن وصار كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه
غيره لا يثبت الاجل في حقه بغير الذكر كذا هنا فان اختار اخذها في الحال فان اخذها
من يد البائع سقط الثمن عن المشتري لما مر ان البيع ينفسخ في حق المشتري ويقوم الشفيع
مقام المشتري وبانفساخ العقد سقط الثمن عن المشتري وان اخذها من المشتري ودفع
اليه الثمن في الحال كان الثمن للبائع على المشتري الى اجله لتقرر العقد بينهما فصار كما اذا
باعه بثمن حال وقد اشتراه بثمن مؤجل وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا
يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية واذا اختار الانتظار فعليه ان يطلب الشفعة في
الحال حتى اذا لم يطلب لم يكن له ان ياخذها بعد حلول الاجل عند ابي حنيفة ومحمد وفي قول
ابي يوسف الاخير له ان ياخذها لان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال
لا يتمكن من الاخذ فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يفد فائدة لا لاعراضه
عن الاخذ ووجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت ولهذا انه لو اخذه بثمن
حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته فان اشترى
ذمي من ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان
البيع بالخمر والخنزير صحيح فيما بينهم فثبت للشفيع حق الشفعة ثم الشفيع ياخذ بمثل
ما يملك به المشتري صورة ومعنى فيما له مثل والخمر بهذه الصفة وبالمثل معنى فيما لا
مثل له من جنسه والخنزير بهذه الصفة لانه حيوان ليس من ذوات الامثال وان كان
شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فلانه من ذوات القيم واما الخمر
فلان المسلم عاجز عن تملكها وتمليكها فالتحق بذوات القيم وان كان شفيعها مسلما وذميا

اخذ الذي بصفها بمثل نصف الحر والمسلم نصفها بنصف قيمة الحر اعتبارًا للبعض بالكل
فلو اسلم الذمي احدها بنصف قيمة الحر لانه عجز عن تمليك عن الحر باسلامه فياخذ بالقيمة مطالبة
كما لو كان مثليا عند العقد ولا يبطل شفعته لان الاسلام سبيل للتأكد حقه لا لا
فصار كالو اشترى دارًا بكُرٍّ من رطب ثم جا الشفيع بعد ما انقطع الرطب
من ايدي الناس فانه ياخذ الدار بقيمة الرطب كذا ههنا واذا بنى المشتري
او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شا اخذها بالثمن وقيمة
البناء والغرس مقلوعا وان شا كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رحمه
انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين
ان يترك وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهم لان له ان لا يرضى
بضرر هذا الجار ولكن ليس له ان يضر به بنقض بنائه وان ضمن ذلك
فله الاخذ بنقضه كالغاصب اذا بنى في الدار المغصوبة وكالراهن
اذا بنى في المرهون ومذا لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري لتقدمه
عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وتسليمه واجارته وجعله مسجدا او مقبرة
وجعل ذلك كالتصرف في ملك الشفيع في حق النقض فكذا تصرفه بناءً
وغرسًا لانه يضر بالشفيع من حيث انه يلزمه زيادة في الثمن ولم يرض به
بخلاف الموهوب له اذا بنى في الموهوبة او المشتري شراءً فاسدًا اذا
بنى على قول ابي حنيفة لحصوله بتسليط من جهة من له الحق وهو البايع
او الواهب ولا تسليط هنا ولان حق الاسترداد للبايع والواهب
ضعيف حتى لا يبقى بعد البناء وهذا الحق قوي حتى يبقى بعده فلا يعتبر القيمة
كما في الاستحقاق فان قيل في تكليف المشتري القلع بمجرد ضرر لا جابر له
ولو اوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختيار الاخذ يلزمه ضرر
زيادة الثمن الا انه جابر لانه يدخل في ملكه في مقابلته عوض وهو
البناء او الغرس والضرر ببدل اهون من الضرر بغير بدل فيجب دفع

اعلى الضررين بتحمل الادنى قلنا الترجيح انما يكون بعد المساواة في
اصل الحق ولا مساواة هنا لتقدم حق الشفيع وربما لا يوافقه لو
اخذه فيحتاج الى قلعه فيلزمه ضرر زايد واما اذا زرع المشتري
ثم جا الشفيع فله ان ياخذها بالشفعة ويقلع الزرع لما بينا وفي
الاستحسان لا ياخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع لان الزرع
له نهاية معلومة فلو اثبتنا له حق القلع في الحال لادى الى اضرار المشتري ولو اخرنا الى
ان يدرك تاخر حق الشفيع وضرر التاخير دون ضرر الابطال فكان تحمله احق ولو اخذها
الشفيع بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه ظهر انه اخذه بغير حق
ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه
وعن ابي يوسف انه يرجع كالمشتري اذا بنى فاستحقت فانه يرجع بقيمة البناء على البايع
ووجه المشهور ان الرجوع بقيمة البناء انما يثبت لدفع الغرور والبايع التزم السلامة
للمشتري عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورًا من جهة البايع ولا غرور في حق الشفيع
لانه يملك على صاحب الدار جبرًا بغير اختيار منه فلا يرجع ولان البايع بايجاب البيع سلط
المشتري على البناء والماخوذ منه بالشفعة لم يسلط الشفيع على البناء بل يجبر على تسليمها
اليه فلا يرجع بقيمته عليه كجارية اسرها الكفار واحرزوها بدارهم ثم اخذها
المسلمون ووقعت في سهم غازٍ فاخذها المالك القديم بالقيمة واستولدها فجاء رجل
واقام البينة انها امته دبرها قبل الاسر ردت عليه لانها لا تملك بالاحراز ويضمن
العقر وقيمة الولد للمستحق ويرجع المستولد على الغازي بقيمتها التي دفعها اليه
لانه دفع القيمة ليسلم له الامة ولم تسلم ولا يرجع عليه بالعقر وقيمة الولد لان الماخوذ
منه مجبر على الدفع اليه فلا يصير غارًّا اياه وكذا اذا قسمت بين اثنين فبنى احدهما
ثم استحقت حصته لا يرجع على شريكه بقيمة البناء لان كل واحد منهما مجبر على القسمة
بخلاف الدارين فانهما لو اقتسماها واخذ كل واحد منهما دارًا وبنى احدهما ثم استحقت فانه
يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء لانه مبتدأ له البيع واذا انتقضت الدار او احترقت

بناها او جف شجر البستان بغير فعل احد فللشفيع ان ياخذها بكل الثمن ان شاء وقال
الشافعي في قول ياخذ بحصته واصله ان الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف عندنا حتى ان
فوات الوصف في يد البائع لا يسقط شيئا من الثمن وعنده يسقط ثم البناء وصف وتبع
ولهذا دخل في بيع الارض من غير ذكر وهذا لان قوام البناء بالارض كقوام الوصف بالموصوف
فاذا فات البناء فقد فات ما هو تبع ووصف فلا يسقط شيء من الثمن ولهذا كان له
ان يبيعهما مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق بعض الارض فان للشفيع
ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن ان شاء لان الغائب هنا اصل وليس بوصف وان شاء
ترك لان له ان لا يتملك الدار بماله وان نقض المشتري البناء فللشفيع ان ياخذ الارض
بحصتها من الثمن اذا قسم على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد ان شاء وان شاء
ترك لانه بالاستهلاك صار مقصودا فاخذ قسطا من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك
بآفة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه منقول وانما كان ياخذه قبل النقض
بعلة التبعية وقد زالت التبعية ومن ابتاع ارضا ونخلا وثمرا فللشفيع ان ياخذ
الارض والنخل والثمر بكل الثمن ان شاء ومعنى المسألة ان الثمر ذكر في البيع لان الثمر لا
يدخل في بيع الارض من غير ذكر وهذا استحسان والقياس انه لا ياخذه لانه ليس
تبعا للنخل ولا للارض ولهذا لا يدخل في البيع بغير ذكر فصار كالمتاع في الدار
وجه الاستحسان انه تبع ما دام متصلا فيعطى له حكم النخل وللشفيع حق اخذ
النخل فكذا حق اخذ ما كان تبعا له وكذا ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في
يد المشتري فللشفيع ان ياخذه لانه مبيع تبعا لسراية البيع اليه كما عرف في ولد
المبيع فان اخذه المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين لبطلان تبعيته
للعقار وقت الاخذ بالانفصال فان جذه المشتري في الفصل الاول يسقط عن الشفيع
حصته من الثمن لانه دخل في البيع قصدا وكان له قسط من الثمن فيفوت فطه بقوته
وان جذه في الفصل الثاني ياخذ الارض والنخل بكل الثمن لانه لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه
بعد العقد والزيادة الحادثة بعد القبض لا حصة لها من الثمن لانه لم يرد عليها العقد

ولا القبض الذي له شبه بالعقد ففواتهما لا يوجب سقوط شيء من الثمن والله اعلم

باب ما تجب به الشفعة وما لا تجب به

وتجب الشفعة في العقار وان كان مما لا يقسم كالحمام والرحى والبئر والنهر والطريق
ان ملك بعوض هو مال وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم وهو بناء على ان
الشفعة عنده تجب لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وفيما لا يقسم لا يتحقق فيه هذا المعنى
لانه لا يندفع بالاخذ مؤنة المقاسمة عن نفسه وقال مالك لا شفعة في الآبار
لان النص ورد بها في العقار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل
شيء عقار او ربع وغير ذلك من العمومات التي روينا ولان الشفعة انما وجبت
لدفع ضرر التأذي باعتبار اتصال ملكه بملكه وهذا المعنى موجود فيما ينقسم
وفيما لا ينقسم وشرط ان يكون العوض مالا لتمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو
التملك بمثل ما تملكه به المشتري صورة ومعنى او معنى لا صورة كما مر ولا شفعة في العروض
والسفن وقال مالك تثبت في السفن ايضا لانها تسكن كالعقار ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربع او حائط ولان الشفعة انما شرعت بخلاف
القياس في العقار لدفع ضرر الجوار على الدوام وما ينقل ويحول فالتأذي فيه
لا يدوم لان الملك في المنقول لا يدوم كما يدوم في العقار لانه لا يشترى عادة للبيع
بل لمصلحة المعاش بخلاف المنقول فلا يلحق به ولا شفعة في بناء ونخل بيعا بلا عرص
لانه نقلي وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل
وان لم يكن طريق العلو في السفل لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار والمسلم
والذمي والذكر والانثى والصغير والكبير والحر والمملوك اذا كان مأذونا او مكاتبا
والباغي والعادل في حق الشفعة سواء لان النصوص لا تفصل ولانهم استووا
في علة الاستحقاق ولا شفعة في دار جعلت مهرا فان قوبل ببعضها مال واحد
وبدل خلع وصلح عن دم عمد وعتق والاصل ان الشفعة عندنا تجب بمعاوضة
مال بمال مطلق لانها تثبت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها

ولا شفعة في دار يتزوج الرجل عليها لان البضع ليس بمال فكان المملوك صداقا
بمنزلة الموهوب ولو تزوج امرأة على دار على ان ترد هي على الزوج الف درهم فلا
شفعة في شيء منها عند ابي حنيفة وعندهما تقسم الدار على مهر مثلها والف درهم فما
أصاب الالف تجب فيها الشفعة اعتبارا للبعض بالكل وله ان البيع تبع للنكاح
هنا لان العقد حصل بلفظ النكاح ولو كان اصلا لكان هذا نكاحا في بيع فيفسد البيع
ولما جاز ثبت انه تبع ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع وهذا لان الشفعة انما شرعت
في المعاوضة المالية المقصودة حتى اذا باع المضارب دارا من مال المضاربة ورب
المال شفيعها بدار له وفي المال ربح فانه لا يأخذها بالشفعة في حصة الربح لان
الشفعة لم تجب فيها هو الاصل لان المضارب وكيل في البيع وكل من بيع له لا تجب
له الشفعة فيه ولا تجب في البيع ايضا او يستاجر بها دارا او غيرها او يخالع امرأة
بها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا وعندالش تجب فيها الشفعة
لان هذه الاعواض متقومة عنده لان التقوم حكم شرعي حصل بهذه الاشياء
بهذه الاعواض وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء الا ترى ان الشرع جعل المهر قيمة البضع
وكذا المنافع عنده متقومة كالاعيان فاذا جعل الدار عوضا عن البضع او نحوه
وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فله ان يأخذ بقيمته كما لو اشتري بعبد بخلاف الهبة لانه
لا عوض فيها اصلا وقوله انما يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او اجرة او نحوهما
لما عرف ولنا ان المال ليس بمثل للمتحقق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له
لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين المال والمتحقق
بعقد النكاح غير ان الشرع جعل النكاح مضمونا بالمهر ابانة لخطره واعظاما لقدره وصونا
لهذا العقد عن التشبه بالاباحة على ما قررناه في النكاح فظهر تقومه في حق هذا المعنى
خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع وكذا المنافع
ليست باموال عندنا ولهذا لا تضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب وانما ظهر تقومها
في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره وكذا الدم والعتق غير متقوم لان قيمة الشيء ما يقوم

مقامه غير في المعنى الخاص المطلوب وهو معدوم فيهما وانما وجب الدية صيانة للدم عن الهدور والاعتاق
ازالة المالية واسقاطها فاني يقوم المال مقامه ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها دارا مهرا
لم يكن فيها شفعة لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها بمهر
مثلها او بالمسمى دارا لان البيع مبادلة مال بمال فالتنصيص على لفظ البيع دليل على انه
١٨٥ ملكها الدار عوضا عن مهر المثل او المسمى فكان هذا مبادلة مال بمال ولا شفعة فيما
اذا صالح عن دار بانكار او سكوت لانه يزعم انه يبذل المال لقطع الخصومة ويزعم انه بقي على
قديم ملكه وانما بذل المال افتداء لليمين وقطعا للشغب وان صالح عنها باقرار او صالح عليها
باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة اما في الاول فلوجود مبادلة المال بالمال لانه
اعترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح واما في غيره فلانه اخذها عوضا عن حقه
في زعمه اذا لم يكن من جنسه والمرء مؤاخذ بزعمه اما اذا كان من جنسه فانه اخذ عين حقه
فلا يكون معاوضة وقد مر في الصلح ولا شفعة في هبة لانها ليست بمعاوضة مال بمال
فصارت كالارث الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولكن يشترط التقابض وعدم
الشيوع في الموهوب وعوضه لانه هبة ابتداء لما مر في الهبة وان لم يكن العوض مشروطا
في العقد فلا شفعة فيها خلافا لمالك له انه صار معاوضة فاشبه البيع ولنا
ان العوض اذا لم يكن مشروطا في العقد لم يكن معاوضة بل الهبة تبرع ولا شفعة في التبرعات
وامتناع الرجوع لمكان التعويض لا يجب ورثتها بيعا ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة
للشفيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ويتعلق حق البائع بمنع ثبوت حق الشفيع
فبقاء ملكه اولى فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن خروج المبيع عن ملكه فصار
كان البيع وقع لازما من الاصل واختلفوا ان طلب الشفيع يشترط عند البيع ام عند سقوط
الخيار والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار لان البيع انما صار سببا لافادة الحكم حينئذ
ولان حق الشفعة ينبني على انقطاع حق البائع وحقه انما ينقطع عنه وان اشترى بشرط
الخيار وجبت الشفعة اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فلانه صار مالكا للدار واما عنده
فلخروج الدار عن ملك البائع وحق الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري

حتى اذا اقر البايع بالبيع وانكر المشتري تجب الشفعة فان اخذها الشفيع من البايع في الثلاث
فقد وجب البيع لان المشتري عجز عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت الا لمن
شرط له والشرط للمشتري دون الشفيع فان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الخيار
الاخذ بالشفعة اما اذا كان الخيار للبايع فلانه المالك في الدار وعند هذا البيع للبايع فاذا اخذها
فهو نقض منه للبيع وكذا اذا كان الخيار للمشتري فان له الشفعة اما عندهما فظاهر وكذا
عنده لانه صار احق بها مع خياره وذا يكفي لثبوت حق الشفعة كالماذون اذا بيعت دار
بجنب داره فان قيل لما كان من اصل ابي حنيفة رحمه الله انه لا يملك المبيع في مدة الخيار
واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحقه المستاجر والمستعير فكيف يثبت للمشتري
الشفعة في هذه قلنا المشتري صار احق بالتصرف فيها فاعتباره ليتحقق الضرر المحوج
الى الدفع عن نفسه وصار كالمكاتب وله جواب اخر وقد مر في باب خيار الشرط واذا اخذ
بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع لوجود دليل الرضا بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها
حيث لا يسقط خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان اخذه اياها بالشفعة دليل على اسقاط
خياره والتصريح باسقاط خيار الشرط صحيح من المشتري وباسقاط خيار الرؤية باطل
قبل ان يراها فكذا الدليل وهو الاخذ بالشفعة ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها
دون الثانية لانه انما يملكها الان يصير بها جار الدار الاخرى من وقت العقد ومن
ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلبقاء ملك البايع فيها واما بعد
القبض فلاحتمال الفسخ لان كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى
وفي اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه الى التناقض بخلاف
ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لما مر انه صار احق به تصرفا وهنا ممنوع عن التصرف
فان سقط عن البايع حق الفسخ بان باع المشتري من اخر وجبت الشفعة لان امتناع حق الشفعة
انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة كما لو كان في البيع خيار البايع
فسقط الخيار وللشفيع ان ياخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور او ينقض البيع الثاني وياخذه
بالبيع الاول بقيمته لانه اجتمع سببان فله ان ياخذ بايهما شاء فان اخذ بالثاني اخذ بالثمن

لان الشراء الثاني صحيح فقد ملك المشتري بالثمن وان اخذ بالاول اخذ بالقيمة لان المبيع في البيع
الفاسد مضمون بالقيمة فان قيل اذا انتقض البيع الثاني يجب ان يعود حق البايع في الاسترداد
وحينئذ لا يثبت للشفيع الشفعة قلنا انتقاض البيع الثاني مع صحته لحق الشفيع مقتضى
التمليك بالشفعة فلا يجوز ان يكون مبطلا لحق الشفيع لئلا يعود على موضوعه بالنقض
فان بنى فيها فقد انقطع حق البايع في الاسترداد ووجب على المشتري قيمتها وللشفيع فيها عند ابي
١٨٦ حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا ينقطع حقه في الاسترداد فلا يجب فيها الشفعة وقد مر في
البيوع وللشفيع ان يامر المشتري بهدم البناء لانه لو بناه المشتري في البيع الصحيح يكون له
حق النقض فاذا بناه في البيع الفاسد لان يكون له حق النقض اولى ولا يلزم ان حق البايع انما
انقطع للبناء ومتى انهدم ظهر حقه ومتى ظهر حقه تبين انه لا شفعة لانه انما يظهر حقه اذا لم
يتعلق به حق الغير وقد تعلق حق الغير به وصار كالبيع فان اخذها المشتري بجدا فعلى
هذا الخلاف وقيل ينقطع حقه اجماعا وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد
فللبايع ان ياخذها بالشفعة لان الاولى في ملكه بعد فيكون جارا ايضا للدار الاخرى
فان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت
شفعته كما لو باعها بخلاف ما لو سلمها بعد الحكم لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد
الحكم بالشفعة ليس بشرط فتبقى الماخوذة بالشفعة على ملكه فان بيعت دار بجنبها والدار في
يد المشتري فطلب الشفعة ثم استردها البايع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت الشفعة
لانه انقطع ملكه عن الدار التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة له وان استردها بعد الحكم بالشفعة له
بقيت المشفوعة على ملكه لما مر ولا شفعة في قسمة دار اي اذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة
لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز والمبادلة الا ترى ان الممتنع عنها يجبر
عليها والشفعة انما شرعت في المبادلة المطلقة فلا تتعداها ومن اشترى دارا فسلم
الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء قاض فلا شفعة
للشفيع لانه فسخ من كل وجه فيعود الى قديم ملك البايع فلا تتجدد للشفيع الشفعة لان الشفعة
في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع

فللشفيع الشفعة خلافاً لزفر رحمه الله لان العقد انفسخ بالرد بالعيب والاقالة لان الاعتبار لقصد المتعاقدين وهما قصدا الفسخ ولنا ان الرد بالعيب بغير قضاء او الاقالة بمنزلة البيع المبتدأ لانه تم بتراضيهما في تحليل كل واحد منهما مال متقوم وليست المعاوضة الا هذا غير انهما قصدا الفسخ ولهما ولاية على انفسهما فكان فسخاً في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما وكان بيعاً جديداً في حق الثالث والشفيع ثالثهما فيتجدد به حق الشفعة ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبل القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير قضاء لعدم تمام الملك ولهذا ينفرد الراد به من غير ان يحتاج الى رضا صاحبه او قضاء قاض وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بجر الخيار ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية كما بيناه وقد روي بنصب الخيار عطفاً على الشفعة ومعناه ان لا يثبت خيار الرؤية والشرط في القسمة لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وقد وجد ذلك في القسمة وصحح شمس الائمة السرخسي رحمه الله الرواية بالنصب ايضاً وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء او رضا وبه قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى

باب ما تبطل به الشفعة وتبطل

الشفعة بترك احد الطلبين اي طلب المواثبة وطلب التقرير حتى لو ترك الشفيع طلب المواثبة حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بان لم يأخذ احد فمه او لم يكن في الصلوة بطلت شفعته لانها تبطل بالاعراض وذا انما يتحقق حالة الاختيار وهي بالاقتدار ولذا لو طلب المواثبة ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار لما مر وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لانه اسقط حقه مختاراً او رضي بجواره ولكن طمع في غير مطمع وهو المال فانه لا يتحقق المال الا بمقابلة ما له وحق الشفعة ليس بمال لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك ولا يصح الاعتياض عنه لانه يكون رشوة ولان حق الشفعة ثبت على خلاف القياس لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته في حق الاعتياض ولا يتعلق اسقاطه بالجائز بالشرط فبالفاسد وهو شرط المال فيه اولى بيانه انه لو قال الشفيع اسقطت شفعتي فيما اشتريت على ان تعطي شفعتك فيما اشتريت فانه تسقط شفعته

١٨٧

باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشري اظهار الرغبة في المشترى فلا يكون ابطالاً للشفعة فاما البيع فاظهار الرغبة فيكون ابطالاً للشفعة واذا بلغه انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة والاصل فيه ان العوض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشتري فاذا سلم على بعض ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه الذي استحقه بيانه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان اكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم وان علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فهو على شفعته لان تسليمه عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه في احد الجنسين لا يكون تسليماً في الآخر فربما يسهل عليه اداء احدهما ويتعذر عليه الآخر وكذا كل مكيل او موزون او معدود متفاوت بخلاف ما اذا علم انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم وبطلت الشفعة وان كان اقل فهو على شفعته وقال زفر له الشفعة في الوجهين لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان بدليل حل التفاضل ولنا انهما كالجنس المتحد في حق الثمنية وكلامنا في الثمن ولهذا يضم في الزكوة وقد مر في باب بيع الفاسد ولو اخبر ان المشتري زيد فسلم الشفعة ثم علم انه عمرو فهو على شفعته لتفاوت الناس في الجوار فالرضى بجوار بعض لا يكون رضاً بجوار ذا ولو تبين ان المشتري زيد وعمرو فله ان يأخذ نصيب عمرو لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شرى نصف الدار فسلم ثم تبين انه اشترى الجميع فله الشفعة ولو اخبر بشرى الكل فسلم ثم ظهر شرى النصف فلا شفعة له وهذا هو المشهور من الرواية والفرق انه اذا سلم في النصف فقد كان عن ضرر الشركة فاذا تبين انه لا شركة بقي حقه فاما اذا سلم في الكل فقد صار مسلماً في ابعاضه وتسليمه بدون العيب تسليم مع العيب بطريق الاولى وروي على ضد هذا انه اذا سلم الكل لا يكون تسليماً للنصف لجواز ان تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن وقد يتمكن من البعض فاذا سلم في البعض فقد عجز عن اداء ثمن البعض فيكون عاجزاً عن الكل بطريق الاولى

واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لعدم الجوار
وهذه حيلة وكذا لو وهب قدر ذراع في الجانب الذي هو متصل بملك الجار ثم بيع ما بقي منه
ولا تجب للجار الشفعة لان ملكه لا يلازق وان باع منها سهما بثمن ثم باع بقيتها فالشفعة
للجار في السهم الاول لا في الباقي لان الشفيع فيهما جار والمشتري في الباقي شريك والشريك
مقدم على الجار فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما والباقي بالباقي فلا يرغب
الجار في الاخذ لكثرة الثمن ولا حق له فيما بقي لانه صار شريكا وهو مقدم على الجار وان ابتاعها
بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن هو
العوض عن الدار وهذه حيلة اخرى تعم الشركة والجوار فيشتري المنزل الذي قيمته مائة
بالف ويعطي عن الالف ثوبا قيمته مائة غير انه اذا استحق المنزل يرجع المشتري على البائع
بالالف لبقاء العقد الثاني على الصحة فيتضرر البائع والاولى ان تباع بالدراهم والثمن
دنانير حتى اذا استحق المنزل بطل الصرف فيجب رد الدنانير لا غير لانه ظهر ان الالف
لم تكن عليه فصار كمن اشترى من اخر دينارا بعشرة ثم تصادقا ان لا دين عليه فانه يرد
الدينار كذا ههنا ثم الحيلة لابطال الشفعة ولا شك انه مكروه وذلك ان يقول المشتري
للشفيع انا ابيعها منك بما اخذت فلا فائدة لك في الاخذ بالشفعة فعند ابي يوسف لا يكره لانه
محتال لدفع الضرر عن نفسه لان في تمليك الدار عليه بغير رضاه ضررا عليه والحيلة لدفع
الضرر عن نفسه مشروع وان كان الغير يتضرر في ضمنه وعند محمد يكره لان الشفعة
انما وجب لدفع الضرر وفي اباحة الحيلة ابقاء الضرر فيكره وعلى هذا الخلاف الحيلة لا
الزكوة وذلك بان يتصدق بنصاب السائمة بعينها في اخر الحول فرارا من وجوب الزكوة

باب المتفرقات

خمسة اشتروا دارا من رجل فللشفيع
ان ياخذ نصيب احدهم لانه ليس في هذا الاخذ ضرر التفريق لان الشفيع يقوم مقام
احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذ الشفيع كلها او تركها وليس له ان ياخذ البعض دون
البعض وقال الشافعي له ان ياخذ حصة احدهم كما في الفصل الاول ولنا ان فيه اضرارا
بالمشتري بتفريق الصفقة وتمت الصفقة متفرقة والصحيح ان لا فرق بينهما قبل القبض وبعده

وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل فقال ان اخذ قبل القبض ليس له ذلك وبعد القبض له
ذلك لانه متى اخذ نصيب احدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفريق اليد بخلاف ما بعد القبض
لانه لم يبق يد البائع ولكنا نقول قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه
ما لم ينقد الاخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع كاحد المشتريين ومسئلة الكتاب
فيما اذا كان الثمن منقودا او معنى قوله ياخذ نصيب احدهم يتملكه بالشفعة وسواء ١٨٨
سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان الاعتبار لاتحاد الصفقة لا للثمن ومن اشترى
نصف دار غير مقسوم فقاسم البائع فللشفيع ان ياخذ النصف الذي صار للمشتري او يدع وليس له
ان ينقض القسمة لان القسمة من تتمة القبض لان القبض للانتفاع ولا يتم الانتفاع في
المشاع الا بالقسمة ولهذا لا يتم القبض في الشائع في الهبة الا بالقسمة وليس للشفيع
ان ينقض القبض ليعيد العهدة على البائع وان كان له فيه فائدة فكذا ليس له ان ينقض العمل
المكمل للقبض بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري
مع من لم يبع حيث يكون للشفيع نقض القسمة لان القسمة مع غير العاقد ليس من تمام
القبض المستحق بالعقد بل هو تصرف بحكم الملك فكان للشفيع نقضه كما ينقض
بيعه وهبته واطلاق الجواب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري
في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة
وروي عن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها اما
اذا وقع في الجانب الاخر فلا لانه لم يبق جارا فيما وقع في الجانب الاخر ومن باع
دارا وله عبد ماذون له وعليه ديون وهو شفيعها فله الشفعة وكذا
ان كان البائع هو العبد فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا
وشراء احدهما من صاحبه يجوز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد فكذا
الاخذ بالشفعة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد تابع لانه يبيعه لمولاه
ولا شفعة لمن بيع له ولو اشتراه فلمولاه الشفعة لانه ابتيع له واذا اشترى الاب
لابنه الصغير دارا والاب شفيعها فللاب ان ياخذها بالشفعة لنفسه عندنا وعند

وزفر ليس له ان ياخذها ما لم يدرك الصغير وهو بناء على ان شرا الاب مال ابنه لنفسه
لا يجوز عنده وعندنا يجوز وقد مر وصح تسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز وهو على شفعته اذا بلغ وعلى هذا
الخلاف اذا بلغهما شرا دار بجوار الصبي فلم يطلبا مع امكان الطلب بطلت شفعة الصغير
حتى لو بلغ لم يكن له الاخذ بالشفعة عندهما وعند محمد وزفر لا تبطل حتى لو بلغ الصغير
له الاخذ بالشفعة والوكيل بطلب الشفعة اذا سلم الشفعة او اقر على الموكل انه سلمها
تعد ابي حنيفة يصحان في مجلس القاضي ولا يصحان في غيره وقال ابو يوسف اولا
لا يصحان كيف كان ثم رجع وقال يصحان اين كانا وقال محمد لا يصح بحال ويصح اقراره
في مجلس القاضي ولا يصح في غيره وجه قول محمد وزفر ان هذا ابطال لحق الصبي
فلا يصح كاعتاق عبده وابرا غريمه وابطال دينه وقوله وهذا لان تصرفهما
مقيدا بالنظر وليس في حق الصبي معنى النظر له فيه بل فيه اضرار به
ولهما ان هذا ترك التجارة فيصح ممن يملك التجارة قال رجل بعت هذا لفلان الصبي
بكذا فرده الاب او الوصي صح ولان هذا تصرف دائر بين الضرر والنفع وربما يكون
النظر في تركه ابقاء الثمن على ملكه ويكون ممن يملك التسليم عن الطلب بمنزلة التسليم
وكان سكوتهما كابطالها عندهما لانه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها
فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه فقيل صح التسليم بالاجماع لتمحضه
نظرا للصبي وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم
كالاجنبي وهو الاصح وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة انه لا يصح
التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف كذا في الهداية وذكر في البحر والمختلف اذا
سلم الاب شفعة الصغير والشرا باقل من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة انه يجوز ايضا لانه
امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة
المتبرع بماله ولا رواية عن ابي يوسف وصح التسليم للبائع والمشتري والوكيل والاجنبي
ان طلب من الشفيع ان يسلم شفعة هذه الدار بخلاف ما اذا ابتدا لان الاصل ان ابطال

الحق متى اضيف الى من هو يستفيد منه بوجه صح الابطال والا فهو باطل وسقطت
الشفعة ان صالح اجنبي على دراهم بخلاف ما لو صالح انما للاجنبي لانه ملكها منه فيقوم
مقامه فيكون تمليكا لا ابطالا ولو قال المشتري سلمتها لك ان ابتغيتها لتفعل او قال
البائع سلمت الشفعة لك ان كنت بعتها من فلان لنفسه فهو كما قال اي لا يكون تسليما
الا بوجود الشرط لانه اسقاط فيقبل التعليق واجازه تسليم الفضولي كتسليم الشفعة
حتى لو باع فضولي عبد رجل وقبل فضولي اخر عن المشتري وقال المولى للبائع سلمت لك
بيعك او للمشتري سلمت لك شراك كان اجازة لان تسليم المبيع والمشتري بالامر عن البعض
وذا بالاجازة ولو قال للاجنبي سلمت لك شرا هذا العبد كان باطلا الا اذا قال الاجنبي
سلم لفلان هذا البيع او هذا الشرا فيصح استحسانا دار في يد رجل وقال الشفيع انه
من زيد وصدق الشفيع زيد وقال ذو اليد هي داري ورثتها من ابي فبرهن الشفيع
انها كانت لابي البائع وتركها ميراثا له ولم يبرهن على البيع قبل لانه لا يتوصل الى حقه
الا باثبات ملك الغير واذا اثبت ملك البائع وهو مقر بالبيع فكان القول له وصار كما
لو اقر البائع ببيع الدار وانكر المشتري ولم يقض له بالشفعة كذا هنا الا انهما لا يصدقان
على ذي اليد في الالزام فيتخير بين ان يسلم الى الشفيع وياخذ الثمن منه وبين ان يرد على
البائع حتى ياخذ منه ويسترد الثمن وان انكر للتكذيب الشرعي ولو ادعى ذو اليد
الهبة فالقول للبائع وخير كما مر حضر احد الشفيعين اخذ الكل لعدم المزاحم فان قضي له
فرد بعيب قبل القبض بقضاء او بغيره فحضر الغائب اخذ حظه فقط لان حقه في النصف
بطل بالقضا للاول فلا يعود وان رد بعد القبض فلا حكم خير بين اخذ حظه بالبيع الاول
او الكل بالنقض لان الرد بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث والغائب
ثالثهما فيثبت له الشفعة في الكل وان كان الاول شريكا فرد بعد القضا له فلا حق للجار
لان الشريك مقدم على الجار فاذا قضي للشريك صار الجار مقضيا عليه في الكل فلا يبقى له
حق اصلا وان ردها برؤية للجار ان ياخذها لانه كان شفيعا ولم يبطل احدهما حق
احد الشفعا واخذ الكل ثم حضر اخر وصالح مع الاول على ان ياخذ منه ثلثها صح لانه

لانه اسقط بعض حقه واخذ بعضه وهو معلوم فلو حضر الثالث يقسم على عانيه عشر
اربعة للمصالح ولكل اخر سبعة لان الثاني يسلم الشفعة في الثلث لانه للثلثين لانه مثل ما
اخذ الثاني سالم للاول بلا تسليم فلا يظهر اثر التسليم في مثل ما اخذ الثاني وانما يظهر
فيما زاد على ذلك وهو الثلث فما جرى فيه التسليم وهو الثلث يكون بين الاول والثالث
نصفان وما لم يجر فيه التسليم بينهم اثلاث فيحتاج الحساب له ثلث ونصف الثلث
واقله ثمانية عشر فالثلث الذي جرى فيه التسليم وهو ستة بين الاول والثالث
نصفان لكل واحد ثلثه ويبقى اثنا عشر من الكل اثلاثا فيكون للثاني اربعة ولكل
واحد من الباقين سبعة دار لها شفيعان ثلثه اشتريها اثنان منهم صفقة واحدة على
ان لاحدهما سدسها وللاخر خمسة اسداسها صح الشرا ولا شفعة لاحدهما على صاحبه لانهما
متى اشتريا صفقة صار كل منهما متمما عقد صاحبه لانه لا يصح شرا احدهما الا بقبول
الاخر فلو اخذ نصيب صاحبه بالشفعة يصير شاغبا في نقض ما يتم به فان لقي الثالث
صاحب السدس اخذ نصف ما في يده اشترى دارا ولها شفيعان فحضر احدهما وصالح
المشتري على النصف صار مسلما الشفعة في النصف فبقي حق الاول في النصف وحق الثاني في الكل
فسلم النصف للثاني بلا منازعة واستويا منازعتهما في النصف الاخر فيقسم على ما ذكرنا
ولو اتفق البايع والمشتري على ان البيع كان بالخيار للبايع وانكر الشفيع فالقول لهما
لان الشفيع يدعي عليهما حق التملك بالبيع البات وهما ينكران ذلك والقول للمنكر
وكذا لو تصادق الوكيل بالبيع مع المشتري على الخيار وانكر الامر فالقول لهما لان العقد
صدر منهما اشترى دارا بعبد ولم يتقابضا فوجده اعور فرده او رضي احدهما الشفيع
بقيمته سليما لان الشفيع انما يثبت له حق الاخذ بمثل البدل الذي صار مستحقا بالعقد والمستحق
بالعقد العبد الصحيح لا المعيب وصار كما لو باع بالف جياد فوجدها زيوفا بعد القبض
ورضي به فانه لا يظهر ذلك في حق الشفيع حتى لو اخذها باخذها بالف جياد قال احد
الشفيعين قبل الاخر سلمت نصف حقي او سلمت لك لا لاجل صاحبه سقطت لعدم تجزيها ولذا
لو قال الشفيع اخذت نصف الدار بالشفعة كان تسليما للكل عند محمد لان طلب النصف ترك

النصف وسكوت عنه وهو تسليم ذلك النصف وتسليم النصف تسليم الكل لانه لا يتجزى وعند
ابي يوسف لا يكون تسليما للكل لانه صرح بالطلب فلا يثبت التسليم الذي هو ضده باع نصف
داره واحد الجارين قاسمه بقضاء او بغيره وحضر الشريك فالطريق باخذ ما في يده ولا
ينقض القسمة لانها من تمام القبض وليس له نقضه بخلاف ما لو اشترى دارا واخذ الشفيعان
واقتسما ثم حضر الثالث لان له نقض القسمة لانه يتفرق ملكه لانه يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده
فيصير نصف حقه في منزل ونصف حقه في منزل اخر فيتضرر به وهنا لا يتضرر لانه لا يتفرق
ملكه لانه ياخذ ما في يد احد الجارين فان حضر الشفيع الثالث ولم يلتق الشفيعين بل لقي احدهما
فانه ياخذ ربع ما في يده لا نصفه لان ما في يد الحاضر نصفه ماخوذ بالقسمة ونصفه ما
بالشفعة سواء فلهذا ياخذ منه ربع ما في يده باع دارا من اجنبي فاخذها الشفيع
بمرض البايع وهو مورثه للشفيع وحط عن المشتري بطل الحط لانه يصير حطا عن الوارث
لتحول الصفقة اليه ولو ولاه المشتري من وارث البايع او وارثه صح الحط ويلزم حط مثله
عن الوارث لانه يملك مبتدا اخيتيا لو لم يكن في المرض وانفعاله مريض باع داره
من اجنبي ووارثه شفيع او بعكسه لا يجب الشفعة اما المسئلة الاولى فهي على وجهين ان باع بمثل
قيمتها فلا شفعة له عند ابي حنيفة خلافا لهما لان الشفعة يتحول اليه فصار كانه باع من الوارث
ونفس البيع وصيته عنده فيبطل وان باع محاباه فلا شفعة عندهم اجازه الورثة او لم يجيزوا
واما الثانية فالبيع عندهم باطل سواء كان فيه محاباه او لا لما مر ولا شفعة للشفيع
للفساد وعندهما البيع جائز بمثل القيمة وللشفيع ان ياخذها بمثل قيمتها قال المشتري
لاحد الشفيعين اشتريت الدار لك بامرك فصدقه المقر له وكذبه الاخر فالدار بينهما بالشفعة
لان تصديقه المشتري لا يبطل شفعته وان قال المشتري الدار لك ولم يكن لي او اشتريتها
لك او وهبتها وقبضت وصدقه المقر له وكذبه الاخر بطلت شفعته لانه حق الشفعة يثبت باعتبار
الشرا فاذا ادعى عدم الشرا وصدقه فيه فقد اقر ببطلان شفعته وكان له العقد كلها
للاخر مضارب اشترى دارا ببعض مال المضاربة ثم اشترى بالباقي دارا اخرى بجنبها
وهو شفيعها بدار له خاصة ورب المال كذلك فالدار الثانية كالعدم ولا شفعة لهما للمضاربة

ولهما ان المال لان الشفعة بيعه ولو كان لها شفيع اجنبي ايضا فللاجنبي ثلث كامل لان
المزاحم في حقه اثنان ولا يظهر اختلاف الجهة في حقه ثم يقسم الثلثان اثلاثا ولو اشترى
امة بالف وتقابضا ووجد بها عيبا ينقصها العشر فانكر البائع او جحد فصالحه على دار جاز
فللشفيع اخذها بحصة العيب وعن محمد انه لا شفعة فيها وهو القياس لانها ملكت بازاء العيب
وهو وصف لا يقابله الثمن ووجه الاستحسان ان الفائت مال ولهذا لو امتنع الرد يرجع
بقيمة النقصان مع ان الاعتياض عن الحق لا يجوز ولو اشترى بحصة العيب شيئا يجوز فيثبت
ان الدار ملكت بازاء المال وللمشتري ان يبيعها مرابحة على كل الثمن وليس له ان يبيع الدار او
الامة مرابحة بدون البيان لان جزء الثمن وان كان بمقابلة الدار ونقصه اعتاض ثمة فالثمن مقابلة الامة
ولكن هذه قيمة عرفت بالحزر فكان فيه شبهة التفاوت ومبنى المرابحة على الامانة فيمنع عن
شبهة الخيانة فان وجد المشتري بالدار عيبا فردها بقضاء قبل ان ياخذها الشفيع بطلت
شفعته لانه لم يبق للصلح اثر وعاد المشتري على حجته في العيب وله ان يرابح الامة على كل الثمن
ما لم يرجع بالعيب لانه لما انفسخ الصلح صار كل الثمن بازاء الامة اشترى دارا فصالح من
عيبها على عبد اخذها الشفيع بحصتها فان فعل فاستحق العبد او رد بخيار رؤية او شرط في الصلح
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذ بحط العيب الى المشتري وان شاء ترك الدار ويكون المشتري على حجته
مع البائع ان اخذها بالقضاء لانه فسخ في حق الكل وكذا ان كان رد العبد بعيب بقضاء ولو
رده برضاء لا شيء على الشفيع لانه عقد جديد فصار كما لو باعه

فصل

الاستحقاق بحق سابق على العقد يبطل العقد لانه ظهر به ان العقد لم يباشره المالك ولا نائبه
وبحق متاخر عنه لا يبطله لانه لم يظهر به ان التصرف السابق لم يصدر من المالك او نائبه
والشفيع كالمتقدم على المشتري لتقدم حقه فان قام مقام المشتري اشترى دارا بالف
فزاد المشتري في الثمن او صالح عن دعوى فيها بانكار ثم اخذها الشفيع بالف بقضاء رجع
على البائع بالزيادة وعلى المدعي ببدل الصلح لان الشفيع استحقها بحق سابق على الصلح وعلى
الزيادة فاوجب بطلان الصلح والزيادة في الاصل والاته مباشر التصرف لغرض يبطل ببطلان
الغرض والمشتري انما دفع بدل الصلح او زاد في الثمن لتسلم له الدار فاذا لم تسلم له يرجع بما دفع

ولو سلم المشتري الدار الى الشفيع بغير قضاء ففي الزيادة يرجع على البائع وفي بدل الصلح
لا يرجع على المدعي لان البائع مقر بثبوت حق الشفعة للشفيع وانه حق سابق على حق المشتري
وكان في زعمه انه لما سلم الدار لم يسلم له الزيادة التي هي بدل الدار اما المدعي فغير مقر بحق الشفيع
وفي زعمه ان المشتري انما سلم الدار اليه باختياره فصار ذلك كبيع جديد في حقه فلا يظهر بطلان
الصلح ولو كان المشتري شفيعا ايضا فقبضها المشتري ووهبها لرجل فللشريك اخذ نصفها
ليتساوى المشتري والشفيع في حق الشفعة واذا اخذ بطل الهبة في النصف الآخر لان الشفيع
اخذ النصف بحق سابق على الهبة وكان الشيوع مقارنا للهبة فتبطل الهبة فيه بخلاف رجوع
الواهب في النصف وبخلاف ما اذا انتقضت الهبة في الثلثين بحق الورثة بان وقعت الهبة
في المرض حيث لا تبطل الهبة في الباقي لانه شيوع طارئ رجل شهد بدار لرجل فردت شهادته
ثم اشتراها الشاهد ولها شفيع فشفعها احق من المقر له لان المقر له انما يأخذ بحكم اقرار
المقر وهو المشتري والشفيع متقدم عليه فكذا على من يقوم مقامه فان لم يكن لها شفيع
ولكن المشتري اشتراها لرجل امره بذلك فالدار للآمر دون المقر له لان المقر له لم يملك
الدار فكيف يملك المقر له من جهته فان اشتراها لنفسه والشفيع غائب فللمقر له ان ياخذ
الدار فاذا اشترى الدار من المقر له بائعها قبل ان يحضر الشفيع فان حضر الشفيع فهو بالخيار
ان شاء اخذها بالشراء الاول وان شاء اخذها بالشراء الثاني ولو اشترى الدار رجل
آخر من ذي اليد ثم اشترى الشاهد من ذلك الرجل بحضرة الشفيع فان اخذها بالبيع الاول
بطل البيع الثاني ورجع الشاهد بالثمن على بائعه عبد اسر فاشتراه رجل من العدو واقر انه كان
ملك زيد فهو لسيده المعروف ياخذه بثمنه ولا يضمن المقر له شيئا لانه ملك العبد من العدو
والعدو ملكه بالاستيلاء فلم يكن غاصبا بزعم المقر له بخلاف ما تقدم وان تركه اخذه
زيد بثمنه ان شاء ولو قال دبره صار مدبرا لاقراره بالتدبير ولا سبيل لسيده
المعروف عليه لمكان التدبير واخذ زيد مدبرا ان صدقه وان كذبه بقي مدبرا موقوفا
نفقته على مولاه وعليه نفقته يتصرف عليه منها لان نفقته في مال المولى فلو عاد المقر له الى تصديقه
فلا شيء له وهذا بخلاف الشرى الفاسد فانه لو اشترى عبدا شراء فاسدا ثم اقر انه عبد فلان

فقد دبره ان صدقه فلاحق في التدبير احد مدبرًا وان صدقه في الملك دون التدبير احدٌ عبدًا
وهنا انكاره في التدبير لا يأخذ اصلاً لان المقر له زعم ان العبد يملك المقر لانه صح شراؤه
من العدو ونفذ التدبير باقراره كانه دبره سعيه وبقي ما زعم المقر له بان العبد ملك المقر
بل زعم انه ملكه وشراؤه باطل باقراره بالتدبير لم يسعد فيه عبدا فياخذه عبدًا بيعت دار
بجنب مرتد فلحق بدار الحرب وجاء مسلما قبل الحكم بلحاقه له الشفعة لان الرده عارض فاذا
زال قبل التاكيد صار كان لم يكن فان قضي بلحاقه وقسم ماله بين ورثته لا شفعة له و كانت
الشفعة لورثته لانه بالقضا حكم بموته من وقت الرده فكان ملكا لورثته سابق على البيع
وان بيعت الدار بعد ما لحق بدار الحرب فلا شفعة له وان عاد مسلمًا لان الحق لم يثبت
اصلاً مكاتب مات عن وفاء بيعت دار بجواره فادى ورثته كتابته فلهم الشفعة
لانه حكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حياته فثبت جوارهم قبل البيع وحق الشفعة لا يبطل بفسخ البيع
ورده بخيار لانه ثبت بالبيع ولا يبطل بغير رضاه ولا يتجدد به لانه متى سلم سقط حق
الشفعة فلا يعود الا بالبيع او بما هو في معناه والفسخ عود الى قديم الملك ولا يكون بيعًا
وعهدة الشفيع على من سلم الدار اليه وقد مر تصادق البائع والمشتري ان البيع كان تلجئة
او كان فيه خيار البائع او المشتري وفسخا العقد لا يبطل فان في حق الشفيع اشترى دارًا
بالف وباع نصفها بخمسين دينارًا للشفيع نقض بيعه واخذ الكل ولا يأخذ الشفيع احد
النصفين بالبيع الاول بخمسمائه والنصف الاخر بالبيع الثاني بخمسين دينارًا لما فيه من التفريق
و[illegible] كما لو وهب المشتري بيتا معينا من الدار فليس للشفيع ان يأخذ الباقي بحصته من الثمن
بل بعض الهبة ويأخذ الكل بكل الثمن ان شاء امر بشراء دار بعينها بعد ما عين للمامور ثمنه فعل
صح الشرا للامر ورجع على الامر بقيمة العبد لان الامر صار مستقرضا العبد من المامور
والشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد داران ملتصقتان لرجلين تقايضا فالشفعة للجارين
ولا شفعة لهما لان كل واحد انما يستحق الشفعة مما اشترى بالجوار وقد زال بالبيع ولو كان
كل واحد من الدارين مشتركا بينهما فباع كل واحد منهما حظه من هذه الدار بحظ صاحبه
من الدار الاخرى فالشفعة لهما دون الجيران لان كل واحد في النصف الذي اشترى شفيع

بالنصف الاخر بالشركة والشريك مقدم على الجار ولو اقام المشتري بينة انه اشترى البناء
منفردا بالعين في صفقة ولم يؤرخا فالبينة للمشتري عند ابي يوسف لانها اكثر اثباتا وعند
محمد للشفيع لانها ملزمة خصم وكل الشفيع فقال له قد سلم موكلك الشفعة فعند محمد
تقضي بالشفعة ان يحلف الموكل فيحلف فينكل فالاحتياط في التاخير باع دارين صفقة واحدة
وشفيعهما واحد له ان يأخذهما او يترك وعند زفر له ان يأخذ احدهما دون الاخرى
لان تعديد المكان كتفريق الصفقة ولنا ان فيه تفريق الصفقة وفيه ضرر على الاخر
فصار كالدار الواحدة ولا فرق بين الدارين الملاصقين او المتفرقين في مصر واحد
او في مصرين كذا في المبسوط والايضاح

كتاب القسمة

هي جمع النصيب الشائع في معين وجوازها بالكتاب والسنة واجماع الامة
اما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وقوله تعالى لها شرب ولكم
شرب يوم معلوم واما السنة فقد باشرها النبي صلى الله عليه وسلم في الغنائم
والمواريث واجمع الامة عليها وركنها الفعل الذي يقع به الافراز كالكيل والوزن
والعد والذرع في المكيل والموزون والمزروع والمعدود وشرطها ان لا تبدل المنفعة
بالقسمة ولا تفوت لانها لافراز ما لكل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق
هذا اذا بقي المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه فاما اذا تبدل يكون
بدلاً لا افرازًا وانما لا تنفك عن المبادلة والافراز لانه ما من جزء الا وهو مشتمل
على النصيبين فكان ما ياخذه كل واحد منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان
افرازًا والنصف الاخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلةً
الا ان معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اظهر
لعدم التفاوت بين ابعاض المكيلات والموزونات لان ما ياخذه مثل حقه صورة ومعنى
فامكن ان يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء الدين الا ترى ان
لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كانت مبادلة لشرط رضاه ولو
اشتريا مكيلاً او موزونا ثم اقتسما جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة ومعنى المبادلة

حقه
الطهر في الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ
ولهذا لا ينفرد احدهما على اخذ نصيبه مع غيبة الاخر ولو اشتريا فاقتسما لا يبيع احدهما
نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة
بطلب احد الشركاء لما فيها من معنى الافراز وفيه تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة
باتحاد الجنس وجاز الاجبار على المبادلة كما في الاخذ بالشفعة وقضى الدين فان
الذي يوفيه ليس عين حقه وانما هو عوض حقه وهذا لان الطالب للقسمة يسال
القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي الاجابة
وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لان التفاوت في المقاصد متفاحش
فتعذرت المعادلة المطلوبة بالقسمة ولو تراضوا على القسمة صح لان الحق لهم
وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بلا اجر لانه هو
الافضل لان القسمة فصل الخصومة لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فاشبه
القضاء من هذا الوجه فالاولى ان يجعل كفايته في بيت المال كرزق القاضي ولان
منفعته تعود الى العامة فيكون كفايته في مالهم لان الغرم بالغنم فان لم يفعل
نصب قاسما يقسم باجر على المتقاسمين لان المنفعة حصلت لهم على الخصوص فيكون
عليهم ويقدر باجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة عليهم واجرة القسمة على عدد الرؤس
عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء وهو قول الشافعي لان هذه مؤنة تلحقهم
بسبب الملك فيكون بينهم على قدر الملك كنفقة المملوك المشترك واجرة الكيال والوزان
وحفر البئر المشترك وهذا لان المقصود بالقسمة ان يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع
بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر ومنفعة نصيب صاحب القليل والغرم
مقابل بالغنم وله ان المعقود عليه هو التمييز والاجر مقابل به ولا تفاوت فيه
فيكون الاجر عليهم بالسوية كما اذا استوت الانصباء وهذا لان تمييز الاول من
الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل اكثر لان
الحساب يدق بقلة بعض الانصباء وقد يعسر تمييز صاحب الكثير للكسور وقع فيه

فلما تعارض الوجهان اعتبرنا نفس التمييز بخلاف حفر البئر المشترك لان الاجر مقابل
بنقل التراب وهو متفاوت بقلة النصيب وكثرته واما النفقة فانها لابقاء الملك
بينهم من حاجة صاحب القليل واما اجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا هو على
الخلاف ان للقسمة والكيال والوزان بمنزلة القسام اذا المكيل او الموزون يقسم
بذلك وان لم تكن للقسمة فانما افترقا لانه انما يستوجب الاجر بعمله في الكيل والوزن
وعمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فلهذا كان الاجر عليهما بقدر الملك بخلاف القسام
وهو العذر لو اجرته المسالة على الاطلاق ولم يفصل وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع وقال صاحباه عليهما ولمحمد
ان الطالب للقسمة انما يطلبها لمنفعة نفسه والممتنع انما يمتنع لضرر يلحقه
بها فلا معنى لايجاب الاجر على من لا منفعة له ويجب ان يكون عدلا عالما بالقسمة
امينا لانه لا بد من القدرة على القسمة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وذا بالعدالة
والامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه
لان القسمة ان كانت بمعنى العقد فلا جبر على المعقود وان كانت بمعنى الحكم ولو
رضي الخصمان على ان يحكم بينهما رجل يجوز فكذا اذا تراضيا على ان يقسم بينهما رجل
ولان القاسم لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله فيتضرر به الناس ولو
اصطلحوا واقتسموا جاز لانهم يلون على انفسهم واموالهم الا اذا كان فيهم
صغير لحينئذ يحتاج الى امر القاضي لقصوره ولا يلون عليه ولا يترك القسام
يشتركون كيلا يتواضعوا على مغالاة الاجر فيؤدي الى الاضرار بالناس
بخلاف ما اذا لم يشتركوا لانه حينئذ يتسارعون لخوف قاسم الى القسمة بالاجر
اليسير حذارا للفوت فيرخص الاجر فاذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار
او عقار وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى
يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقالا يقسمها بينهم باقرارهم ويذكر القاضي
في صك القسمة انه قسمها باقرارهم ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم

بينهم

وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراثا قسمه في قولهم لهما ان الدار
في ايديهم وهي دليل الملك وقد اخبروا بالارث في ايديهم والاصل في اخبار المسلم الصدق
ولا منازع لهم فيما اخبروا به فيثبت المخبر به فاذا سالوا القاضي ان يقسم بينهم ملكهم
فعليه ان يجيبهم الى ذلك ويقسم بينهم في حقهم تمكينا لكل واحد منهم بالانتفاع
بنصيبه كما في المنقول والموروث والعقار المشترى والبينة انما تكون على المنكر
ولا منكر هنا ولا منازع لهم فلا تعتبر البينة وانما ذكر في صك القسمة انه قسمها باقرارهم
فاذا سالوا القاضي ان يقسم بينهم ليتدارك بالنظر فيه ان حكم القسمة مقتصر عليهم غير
متعد الى غيرهم حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك لهم اخر ولا على مالك لها وله
ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد من اقامة البينة
ليثبت بها القضاء على الميت وهذا لان التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت
بدليل ان حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى يقضى ديونه منها وتنفذ وصاياه وبالقسمة
ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان
هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلا بد من البينة ويصير بعضهم خصما مدعيا
والبعض خصما عنه وان كان مقرا فان قيل كيف يجعل خصما عنه والمقر لا يصير
خصما قلنا لما لم يعتبر اقراره عليه يجعل كالعدم كما لو ادعى رجل دينا على الميت
وقدم وارثا من ورثته الى القاضي فاقر له الوارث بحقه فاراد الطالب ان يقيم
البينة عند القاضي في جميع مال الميت على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت
ويلزم ذلك جميع الورثة فان القاضي يقبل منه ويحكم له ببينته في جميع مال الميت
لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقه وحق غيره وكذا الوصي اذا اقر بالدين
تقبل البينة عليه مع اقراره لبطلان اقراره بخلاف المنقول لانه يعرض التوى والتلف
فلم يكن قسمة للحفظ بل كانت قسمة قضاء على الميت لقطع حقه عنه ولان في العروض
ما ياخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض وفيه نظر للميت
وفي الايدي في العقار لانه لا يصير مضمونا على من اثبت يده فيه عند ابي حنيفة

في الاولى ان القاضي لا يقسمها بينهم فسوى بين الشرى والارث والفرق على الظاهر
ان القسمة في المشترى لا تتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى
المبيع على حكم ملك البائع وان لم يقسم فلا تكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الارث
وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لان القضاء بالقسمة هنا
يقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذا لم يقروا باصل الملك لغيرهم وهذه رواية كتاب
القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما
واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم
قيل هذا قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان
القسمة نوعان بحق الملك تكميلا للمنفعة وبحق اليد تتميما للحفظ والممتنع الاول هنا
لعدم الملك وكذا الثاني للاستغناء عنه لانه محفوظ بنفسه واذا حضر وارثان
واقاما البينة على الموت وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب او صغير
قسم القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب ووصيا يقبض نصيب
الصبي لان في هذا النصب نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة على اصل
الميراث في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما لان في هذه القسمة قضاء على الغائب
والصغير بقولهم وعندهما يقسمها بينهم باقرارهم ويعزل حق الغائب والصغير
ويشهد انه قسمها باقرار الكبار الحضور وان الغائب او الصغير على حجته
ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشرى حتى
يحضر الغائب والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث
ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشرى المورث حتى لو وطي امة اشتراها مورثه
فولدت فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه بثمنها وقيمة الولد للغرور من
جهته فانتصب احدهم خصما عن الميت فيما بيده والاخر عن نفسه فصارت القسمة
قضاء بحضرة المتقاسمين اما الملك الثابت بالشرى لكل واحد منهم ملك جديد بسببه
باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب

نعل
واذا لم يحصل الحاضر خصما عن الغايب كانت القسمة في حق الغايب قايمة بلا خصم فلا
وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شي منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد الصغير
او شي منه لم يقسم باقرار الحضور لان في هذه القسمة قضاء على الغايب او الصغير
باخراج شي مما كان في يده من غير خصم حاضر عنهما والمودع امين فلا يكون خصما فيما
يدعي عليه ولا يجوز للقاضي ان يقضي على غايب بحضور امينه ولا فرق في هذا الفصل
بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة
لانه ليس معه خصم والحاضر وان كان خصما عن نفسه فليس احد خصم عن الميت وعن الغايب
وان كان خصما عنهما فليس احد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف ما لو كان الحاضر
اثنين من الورثة على ما بيننا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا ينصب القاضي عن الصغير وصيا
وقسم اذا قامت البينة لان للقاضي ولاية نصب الوصي عن الصبي لم وصي الصغير قايم
مقامه فكانه بالغ حاضر وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا
القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية فان الدار تقسم لان من حضر من الورثة
ينتصب خصما عن الميت وعن ساير الورثة والموصى له عن نفسه

فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم قال

واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان في القسمة تكميل المنفعة
فكانت حقا لازما فيما يحتملها اذا طلب احدهم وان كان ينتفع احدهم بنصيبه اذا قسم
ويتضرر به الاخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب القليل لم يقسم كذا
ذكر الخصاف وهذا لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع
بملكه وهذا منه طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضي ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر تضرر
الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع واما الثاني فمتعنت
في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد ويتعذر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه
لا لمعنى من جهة صاحب الكثير وذكر الجصاص على عكس هذا لان صاحب الكثير يطلب الاضرار
بغيره والاخر راض بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي

لان

لان صاحب القليل راض بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكثير منتفع بالقسمة وما ذكره
الخصاف اصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شرعا وانما الملزم طلبه من القاضي ايصال
المنفعة الى ملكه وذا لا يوجد عند طلب صاحب القليل وان كان كل واحد يتضرر لصغره لم يقسم
الا بتراضيهم لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه
بالنقض ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بشانهم اما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم
العروض اذا كانت من جنس واحد لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد الجنس
ممكن للتفاوت في المقصود فيقع القسمة تمييزا ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه
لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل بيع معاوضة فيعتمد التراضي دون الجبر
لان ولاية الاجبار للقاضي تثبت لمعنى التمييز ويقسم القاضي كل مكيل وموزون كثيرا او قليلا
والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر
او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا او برذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لان الصنعة صيرتها
كالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لان الجنس متحد والمطلوب من الكل واحد فامكن
تحقق معنى القسمة ولا يقسم ثوبا واحدا لان القسمة لا تتحقق الا بالقطع وفيه اضرار بالمعا
ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لانه لا يمكن التعديل الا بزيادة درهم مع الاوكس ولا يجوز ادخال
الدراهم في القسمة جبرا لان القسمة حق الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو ادخل
في القسمة الدراهم لقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين
او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب بان تكون قيمة احد الاثواب دينارا وقيمة
الاخر دينارا وثلاثة ارباع دينار اذا خرج احدهما ثوبا قيمته دينارا وربع دينار والاخر
ثوبا قيمته دينارا وثلاثة ارباع دينار فنصف الثوب الذي قيمته دينار مشترك بينهما
ربعه للذي اخذ الثوب الذي قيمته دينارا وثلثة ارباع دينار وثلاثة ارباعه للاخر وهذا
لانه يصير قسمة المشترك دون البعض لان كل واحد منهما ينفرد بثوب وتبقى الشركة
في ثوب وذلك جايز اذا لم يكن غيره مثل ان يقسم الصفة ويترك البير على الشركة وهو قسمة
بعض الملك دون البعض وقال ابو حنيفة لا تقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما الا بالتراضي

وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس وانما التفاوت في القيمة وذا لا يمنع القسمة كما في الابل
والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة كسائر الاموال فكذا في القسمة بين الشركاء وله
ان التفاوت في الرقيق متفاحش باختلاف الاعراض والمقاصد والمعاني الباطنة كالذهن والكتابة
فتعذر اعتبار المعادلة في القسمة فالتحق بالاجناس المختلفة بخلاف سائر الحيوانات لقلة
التفاوت ثم عند اتحاد الجنس والدليل على الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات ان الذكر
والانثى في سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق جنسان حتى اذا اشترى شخصا على انه عبد
فاذا هو امة لم يجز الشرى بخلاف سائر الحيوانات بخلاف قسمة الغنايم فانها تجري في الاجناس
المختلفة وهذا لان حق الغانمين في المالية دون العين حتى كان للامام بيع الغنايم وقسمة
ثمنها فانما يعتبر ايصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم واما في شركة الملك فحق الشركاء
في العين والمالية وللامام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة
فاذا تعذر اعتبار المعادلة هنا بطل التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الاجبار على القسمة
واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس كاللالي واليواقيت لا يقسم لانه لما اختلف
الجنس لا يتحقق معنى القسمة وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت
وقيل الجواب مجرى على الخلاف لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق ولهذا لو
تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا يصح التسمية ولو تزوج او خالع على عبد
يصح فاولى ان لا يجبر على القسمة ولا يقسم حماما ولا بيرا ولا رحا الا ان يتراضى الشركاء
وكذا الحائط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة فاذا لم يبق لكل نصيب منتفع به
انتفاعا مقصودا لا يتحقق معنى القسمة ولا يقسم القاضي بخلاف التراضي لالتزامهم الضرر
دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة بينهم ولم يجمع نصيب احدهم في دار
الا ان يتراضوا على ذلك وقالا الراي في ذلك الى القاضي فان راى الاصلح قسمة بعضها
في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما ان الدور جنس واحد
نظرا الى اتحاد الاسم والصورة واصل السكنى اجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت
منفعة السكنى باختلاف المحال فكان الترجيح مفوضا الى راي القاضي فان مال الى الاول

قسم كما في الغنم والثياب الهروية وان مال الى الثاني لا يقسم وله ان الدور اجناس مختلفة
لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء والقرب الى السوق
والبعد عن السوق والاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود من الغلة والصلاحية للرطبة
والكرم وغير ذلك فنزلت منزلة الدور والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة الا بتراضي الشركاء
لانها لتكميل المنفعة وانما تكون عند اتحاد الجنس واما اذا اختلف الجنس فقطع حق البعض
عن احدى الدارين لا يكون تكميلا للمنفعة بل يكون تفويتا لها ولهذا لو تزوج امراة على دار
لم تصح التسمية كما لو تزوجها على ثوب ولو وكل بشراء دار لم يصح التوكيل كما لو وكله بشراء ثوب
بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان قسمة كل بيت على حدة تخل بمنافع البيوت فتخل
منافع الدار فلا يحصل معنى القسمة والداران اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما
كما هو مذهبه كذا روى هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى ثم هي ثلاثة فصول
عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بتراضي الشركاء
سواء كانت متباينة او متلاصقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او
متلازمة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل
المتلازمة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لان المنزل
فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت
متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك
وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد على حدة بالاجماع لاختلاف الجنس
فهذا دليل على ان الدار والحانوت جنسان وذكر في اجارات الاصل ان اجارة منافع
الدار بالحانوت لا تجوز وهذا دليل على انهما جنس واحد فيحصل في المسئلة روايتان
وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثم لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد
منفعتهما وهو السكنى كذا ذكر في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة
والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان تكون في المسئلة
روايتان او تكون من مشكلات هذا الكتاب **فصل في كيفية القسمة**

وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه على قرطاس ليمكنه حفظه ويعدّله اي يسوّيه على سهام
القسمة ويروى ويعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البنا
فربما يحتاج اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم
بنصيب الاخر تعلق فيتحقق معنى التمييز والافراز على الكمال ويلقب نصيبا بالاول والذي
يليه وبالثاني والثالث على هذا ثم يكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله الاول
اي السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء
حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة
وشرح ذلك ارض بين جماعة مشتركة لاحدهم عشرة اسهم ولاخر خمسة ولاخر سهم فارادوا
قسمتها فقسمت على هذا قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد وكيفية ذلك ان يجعل الارض
على عدد سهامهم بعد ان سوّيت وعدلت ثم يجعل بنادق سهامهم على عدد سهامهم ويقرع
بينهم فاول بندقة تخرج توضع على طرف من اطراف السهام وهو اول السهام ثم ينظر الى البندقة
لمن هي فان كانت لصاحب العشرة اعطاه ذلك السهم وتسعة اسهم متصلة بالسهم الذي
وضعت البندقة عليه ليكون سهامه مجتمعا على الاتصال ثم يقرع بين البقية كذلك
فاول بندقة تخرج توضع على طرف من اطراف الستة الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هي
فان كانت لصاحب الخمسة اعطاه القاضي ذلك السهم واربعة اسهم متصلة بذلك السهم ويبقى
السهم الواحد لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت عليه
البندقة ويكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة وتفسير البندقة ان يكتب القاضي اسماء الشركاء
في بطاقات ثم تطوى كل بطاقة ويجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها بين كفيه حتى
تصير مدورة فيكون شبه البندقة كذا في الذخيرة والنهاية والفتاوى الظهيرية
وقوله ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز فان
قيل في الاقراع تعليق الاستحقاق بخروج القرعة فيكون في معنى القمار وانه حرام
قلنا ليس هذا في معنى الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم
لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام الا انه ربما يتهم في ذلك

ويستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وازاحة تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز لما روي
ان يونس عليه السلام استعمل القرعة في مثل هذا مع اصحاب السفينة كما قال الله تعالى
فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم انه هو المقصود لكن لو القى نفسه في الماء
فربما نسب الى ما لا يليق بالانبيا عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذا زكريا عليه السلام
استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه وقد كان علم انه احق بها منهم لان
خالتها كانت عنده ولكنه استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم
ايهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سافر اقرع بين نسائه مع انه لا
حق لهن في القسم حالة السفر ولكن تطييبا لقلوبهن ولا يدخل الدراهم في القسمة الا بتراضيهم
وصورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بنا فاراد احد الشركاء
ان يكون عوض البنا دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل البنا بالارض
ولا يكلف الذي وقع البنا في نصيبه ان يرد بازاء البنا من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ
للقاضي ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم
فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك ولان احدهما يحتاج الى بيع [illegible] الدار ودراهم الاخر
في ذمته وربما لا يتوى ذلك عليه واذا كان ارض وبنا فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك
باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم لان تعديل البنا لا يمكن
بالمساحة اذ هي الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البنا في نصيبه او من كان نصيبه
اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا يملك
ولاية التصرف في المال ثم له ولاية القسمة في الصداق ضرورة ثبوت الولاية في التزويج
وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البنا فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة
في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو المساحة الا بقدرها فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل
او طريق في ملك الاخر لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له
ان يستطرق او يسيل في ملك الاخر لامكان تحقق معنى القسمة وهو قطع الشركة
وتكميل المنفعة بلا ضرورة وان لم يمكن فسخت القسمة لان المقصود وهو ما ذكرنا لم يحصل

فيفسخ وتستأنف على وجه يمكن لكل واحد ان يجعل لنفسه مسيلا وطريقا وحاصله
انه ان امكن صرف الطريق والمسيل فلا يخلو اما ان ذكر الحقوق او لم يذكر فان لم يذكر
الحقوق او ذكر الحقوق لا تدخل الحقوق ولا تنفسخ القسمة وان لم يمكن فان ذكر
الحقوق يدخل الحقوق ولا تنفسخ القسمة وان لم يذكر الحقوق لا تدخل الحقوق وتفسخ
القسمة وصورته دار بين رجلين فيها صفة وفيها بيت وباب البيت في الصفة
ومسيل ماء ظهر البيت على الصفة احدهما وقطعة من الساحة واصاب الاخر البيت وقد
ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ومسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء
اشترط كل واحد منهما ان له ما اصابه بكل حق او لم يشترط ذلك بخلاف الملك وفصل
المشتري ان يتمكن من الانتفاع وذا انما يتم بالطريق والمسيل الا ان ذلك خارج من
الحدود فلا يدخل في البيع بمطلق تسمية البيت الا بذكر الحقوق والمرافق فاما
المقصود من القسمة تمييز احد الملكين من الاخر وان يختص كل واحد منهما من
الانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الاخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا
لم يدخل الطريق والمسيل ليتميز نصيب احدهما من الاخر من كل وجه فلهذا لا
يدخلان بذكر الحقوق والمرافق ولو لم يكن له مفتح الى الطريق ولا مسيل فان كانا
ذكرا في القسمة ان لكل واحد منهما ما اصابه بكل حق هو له جازت القسمة وكان
طريقه في الصفة ومسيل مائه على سطحه كما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق
والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق
والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشتري وان تعذر عليه
الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشترى مهرا صغيرا او ارضا سبخة فانه يجوز
وان كان لا ينتفع بالمشتري واما في القسمة فالمقصود ايصال كل واحد منهما الى الانتفاع
بنصيبه فاذا لم يكن له مفتح الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على
الضرر فلا يجوز الا ان يذكر الحقوق والمرافق فيستدل به على انهما قصدا ادخال الطريق
والمسيل لتصحيح القسمة لعلمهما ان القسمة لا تصح بدونهما في هذا الموضع بخلاف

ما سبق وهذا لان المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فاذا لم يكن له طريق
ولا مسيل لا يحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر
مهرا صغيرا او ارضا سبخة لا تصلح للزراعة فانه لم يجز لفوات ما هو المقصود
وهو المنفعة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر
الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما لو استأجر ارضا دخل الشرب والطريق والمسيل
وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق
ليس مما تناوله الاجارة ولكنه وسيلة الى الانتفاع بالمستأجرة والاجارة انما يجب
اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب والطريق توفير المنفعة عليهما فاما
ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل
واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الاخر لتضرر به الاخر
ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه ودليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق
فلهذا لا يدخلان بلا ذكر الحقوق وذكر الحاكم الشهيد في المختصر انهما يدخلان
من غير ذكر فعلى هذا الاحتياج الى الفرق ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة
فقال بعض الشركاء يرفع طريقا بينا وقال بعضهم لا يرفع نظر الحاكم فيه فان كان يستقيم
لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه قسمه بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق
الافراز بالكلية وهو المقصود وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم
ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار الطريق اي في سعته
وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله لان باب الدار طريق متفق
عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولانه اذا اكتفى بذلك في المدخل فكذا
في المسلوك والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة في غير الطريق لا فيه
ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لجواز القسمة
بالتراضي على التفاضل سفل له علو وسفل مجرد لا علو له وعلو مجرد لا سفل له قوم
كل واحد على حدة وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك عند محمد لان السفل يصلح لما لا يصلح

لقسم
بينهم

له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغير ذلك فصارا كالجنسين فلا يمكن التعديل
الا بالقيمة وقال ابو حنيفة وابو يوسف بالذرع لان الشركة في المذروع والقسمة
بالذرع هي الاصل فلا يعدل عنه ما امكن والمعتبر التسوية في السكنى لا في المرافق ثم
اختلفوا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين
من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل ان ابا حنيفة اجاب بناء على ما شاهد
من عادة اهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو وابو يوسف اجاب بناء على ما شاهد
من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد شاهد
اختلاف العادات والبلدان في ذلك فقال انما يقسم بالقيمة وقيل هو اختلاف
حجة وبرهان فوجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل ضعف منفعة العلو لانها
تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فوات السفل وللسفل منفعة
السكنى ومنفعة البناء فانه لو اراد ان يحفر في اسفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه
عن ذلك وللعلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فانه لو اراد ان يبني على علوه علوا اخر
كان لصاحب السفل منعه عن ذلك والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا
جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو ووجه قول ابي يوسف ان المقصود
اصل السكنى وقد استويا فيه ولكل واحد منهما ان يتصرف في ملكه على وجه لا يلحق الضرر
لصاحبه فان لصاحب العلو ان يبني على علوه اذا كان ذلك لا يضر بالسفل كما ان لصاحب
السفل ان يحفر سردابا في السفل اذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة
فيجعل ذراعا من السفل بذراع من العلو ووجه قول محمد ان في بعض البلدان يكون
قيمة العلو اكثر من قيمة السفل كما بمكة ومصر وفي بعضها يكون بالعكس كما بالكوفة
وفي كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح
يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة
الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يحتاج الى التفسير وتفسير قول
ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل في مقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلثون

ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل اي المشتمل على السفل والعلو لان العلو عنده
مثل نصف السفل فثلاثة وثلثون وثلث من علو البيت الكامل يكون بمقابلة مثله من العلو
المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين وثلثين من العلو
المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع
لان علوه مثل نصف سفله فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل وتفسير قول
ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد
او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت
الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو وتقبل شهادة
القاسمين ان اختلفوا اي اذا قسمت الدار والارض بين الورثة او المشتركين فانكر
بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة انه استوفى
نصيبه تقبل شهادتهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي لا تقبل
وهو قول ابي يوسف اولا وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيرهما
سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فصار كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد
ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما
لا فعلهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به
لانه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير قال بعض المشايخ
هذا اذا لم يقتسما على القسمة حتى لا يكون هذا منهما جر المنفعة الى انفسهما اما اذا
قسما باجر فلا تقبل الشهادة بالاجماع قلنا انهما لا يجران بهذه الشهادة مغنما لانفسهما
لان الخصوم اتفقوا على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء
فكانت التهمة منتفية ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لانه شهادة الفرد ولو امر القاضي
امينه بدفع المال الى اخر تقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا تقبل في الالزام
على الاخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها والمهاياة

قال

واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر لزوم العقد فلا يقبل قوله الا بحجة فان لم يكن له بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا حلفوا عليه لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع بين نصيب الناكل والمدعي واقرانه حجة عليه دون غيره قالوا وينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لانه متناقض واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول لخصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر والقول للمنكر مع اليمين وان قال اصابني الى موضع كذا ولم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما اصاب كل واحد بالقسمة فصار كالاختلاف في مقدار المبيع ولو ظهر غبن فاحش في القسمة ان كانت القسمة بقضاء القاضي يبطل عند الكل لان تصرفه مقيد بالعدل وان كانت بالتراضي له ان يبطل القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي في الصحيح كذا ذكره فخر الاسلام قاضي خان ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة وان اقاما البينة فالاعتبار لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا لو اختلفا في الحدود بان قال احدهما هذا الحد قد دخل في نصيبه وقال الآخر هذا الحد لي قد دخل في نصيبه فان اقاما البينة يقضى لكل واحد بالحد الذي في يد صاحبه لان كل واحد منهما يثبت الملك لنفسه في حد ما في يد صاحبه بعينه واختلع في ذلك الحر بينة الخارج وذي اليد فترجح بينة الخارج وان اقام احدهما بينة قضي له وان لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه كما في البيع وبعد التحالف يترادا القسمة

فصل في الاستحقاق

واذا استحق بعض شايع وخطه رجع بقسطه في نصيب شريكه ولا تنفسخ القسمة عند ابي حنيفة وان استحق بعض معين لا ينفسخ اجماعا ولو استحق بعض شايع في الكل تنفسخ اتفاقا وصورة المسألة ان يكون دار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ احدهما الثلث من مقدمها وقيمته ستمائة واخذ الآخر الثلثين من مؤخرها وقيمته ستمائة وهي من ميراث بينهما او شراء ثم استحق نصف ما في يد صاحب المقدم مشاعا فعند ابي حنيفة لا تبطل القسمة ولكن ان شاء رجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما وان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وقال ابو يوسف ان باستحقاق ما في يد صاحب المقدم شايعا ظهر لهما شريك ثالث في الدار والدار المشتركة بين ثلاثة اذا اقتسمها اثنان منهم كانت باطلة وصار كما لو استحق ربع الدار شايعا وهذا لان استحقاقه وان كان في نصيب صاحب المقدم خاصة فقد يؤدي الى الشيوع في الكل فيفوت معنى القسمة وهو الافراز لانه اذا اخذ المستحق نصف ما في يد صاحب المقدم رجع بحصة ذلك في ما في يد صاحب المؤخر فيكون ذلك بمنزلة ما لو استحق جزء شايع في الكل بخلاف المعين لان ما وراء المستحق يبقى مفرزا بينهما ليس للثالث فيه نصيب شايع ولهما ان معنى القسمة التمييز والافراز وهذا لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدار بين الشريكين ولهما شريك ثالث في النصف المقدم بنصفه فاقتسما على ان يأخذ احدهما ما لهما من النصف المقدم وهو النصف وربع المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي وهو ثلاثة ارباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد منهما ثلاثة اثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة ارباع جميع الدار يجوز وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين من الدار بخلاف ما اذا استحق جزء شايع في جميع الدار لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق ولهذا لو كان استحقاق ذلك ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذا لا يبقى لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصفين ولا ضرر هنا بالمستحق في موضع العرف وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما في يده اذا اختار امضاء القسمة لانه لو استحق كل المقدم لرجع على شريكه بنصف ما في يده فاذا استحق نصفه يرجع عليه بنصف

نصف ما في يده وهو الربع اعتبارًا للبعض بالكل فالحاصل ان قيمة الدار الفرع مائتا درهم
وباستحقاق نصف المقدم تبين ان المشترك بينهما ثلثمائة فحق كل واحد منهما في اربع
مائة وخمسين والذي بقي في يد صاحب المقدم يساوي ثلاث مائة وما بقي في يد صاحب المؤخر
يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته مائة وخمسون درهما حتى يسلم لكل
واحد منهما ما يساوي اربعمائة وخمسين ولو باع صاحب المقدم نصف ما في يده ثم استحق
النصف الباقي يرجع عند ابي حنيفة على صاحبه بربع ما في يده ويسقط خياره في نقض
القسمة بالبيع ويتعلق حقه في الرجوع بعوض المستحق وهو ربع ما في يد صاحب المؤخر
وعند ابي يوسف فما في يد صاحبه من الدار بينهما نصفان ويضمن نصف قيمة ما
باع لصاحبه لانه بالاستحقاق تبين ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة الفاسدة
مملوك فينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونًا بالقيمة ولهذا
يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وقول محمد مضطرب
كما مر ولو وقعت القسمة ثم ظهر دين في التركة ردت القسمة قليلا كان الدين او
كثيرًا اما اذا كان الدين محيطا بالتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم
فيها والقسمة تصرف يحتاج الملك واما اذا قل الدين فلان حق الاستيفاء متعلق بالتركة
شائعًا فيها فلا يجوز التصرف كالمرهون ولانه لا يسلم للوارث شيء من التركة الا بعد قضاء
الدين فهذه قسمة قبل اوانها الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لان المانع
من القسمة قيام حق الغريم فاذا وصل اليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة بلغ مقابلة
ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيطا او غير محيط
جازت القسمة لزوال المانع بوصول حق الغريم اليه او بسقوط دينه بالابراء ولو
ادعى احد المتقاسمين دينا على الميت كالمراة اذا ادعت مهرها او غيرها من الورثة ادعى
دينا على الميت صح دعواه واذا اقام البينة له ان ينقض القسمة ولم تكن قسمة ابراء من الدين
لان القسمة تصادف الصورة وحق الغريم يتعلق بالمعنى دون الصورة الا يرى ان للورثة
حق الايفاء من محل اخر لاستيفا التركة لانفسهم فلم يكن من ضرورة الاقدام على القسمة علم الدين

فيبطل دعواه وبينته ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع لوجود التناقض اذ الاقدام
على القسمة اقرار منه بان المقسوم مشترك واذا اصابه بعض الدار بالقسمة وباع حصته
وبنى فيه المشتري ووجد به عيبا ورجع على بايعه بنقصان العيب حيث لم يملك رده
بسبب الزيادة لم يرجع البايع على شريكه بما غرم وقيل هو قول ابي حنيفة وعندهما
يرجع البايع بالثمن وقيمة الولد اذا اقتسم الورثة بغير امر القاضي وبعضهم غائب
فالقسمة موقوفة على اجازة الغائب فان مات الغائب قبل ان يجيز فاجاز وارثه صح
استحسانا وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ولم يصح قياسا وهو قول محمد لانها توقفت
على اجازته فلا تنفذ باجازة وارثه كالبيع ولهما ان القسمة الاولى لو بطلت
لاعادوها بالتراضي وقد تراضوا على هذه القسمة فصار كانهم اعادوها

فصل في المهاياة

الهيئة هي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل
وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة ويختارها
واما المهاياة بابدال الهمزة الفا فعلة وهي جائزة استحسانا لما روي انه صلى الله عليه وسلم
قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلثة نفرا وكانوا يتناوبون في الركوب ولان الاعيان خلقت
للانتفاع وهو متحقق للملاك كما هو متحقق اذا كان الملك مشتركا كما في الاسباع مشتركا وقد يكون
الكل بحال لا يحتمل القسمة عينا ولا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج
الى التهايؤ وهو قسمة المنافع فيجوز كالقسمة في الاعيان ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما
يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانها جمع للمنافع
في زمان واحد وهذا جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة
يقسم القاضي لانها ابلغ ولو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة كالدار والارض ونحوهما
ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لان القسمة ابلغ في استكمال المنفعة
في المهاياة ولا تبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاحتاج الحاكم
الى اعادته في الحال فلا معنى للنقض ثم الاستيناف وهو على وجوه قد يكون في الدار
الواحد او الدارين او العبد او العبدين في الدابة الواحدة او الدابتين في حق المنفعة

والبائع يرجع على البائع الاول بالثمن عند ابي حنيفة وعندهما [illegible]

[illegible] اذا باع [illegible] حصته [illegible]

او من حيث الاستغلال فلو تهايا في غلة دار او دارين او خدمة عبد او عبدين او سكنى دار
او دارين يصح اتفاقا ولو تهايا في غلة عبد او غلة بغل لا يصح اتفاقا ولو تهايا في غلة
عبدين او غلة بغلين او ركوب بغل او بغلين لا يصح عند ابي حنيفة خلافا لهما فهذه
اثنا عشر مسئلة في ستة لا يصح اتفاقا وفي ستة يصح اتفاقا وفي اربعة خلافا لهما في غلة العبدين
ان المهاياة تجوز في خدمتهما فكذا في بدل خدمتهما اعتبارا بالدارين بخلاف غلة عبد واحد
لان الاعتدال لا يمكن مراعاته في عبد واحد لان ذا لا يتاتى الا في زمانين فيتاخر
ملك الاستيفاء احدهما عن مدة الآخر فيتوهم اسباب التغير في حق احدهما ثم انا اعتبرنا
هذا التفاوت في الغلة دون الخدمة لان العبد يخدم بنشاط ولا يلحقه التعب عادة
وفي الكسب يلحقه التعب عادة والتعب سبب للتغير ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة
والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسيان وله انه متى اعتبرنا التفاوت عند اختلاف
الزمان فلان نعتبره عند اختلاف المحل اولى فالعبدان لا يستويان عادة في تحمل
التعب بل يتفاوتان وعند التفاوت في تحمل التعب فات الاعتدال والتهايؤ في الخدمة
جوز ضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة
عين مال بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار ولهما في ركوب البغل
والبغلين وغلة البغلين ان القاضي يقسم الحيوان بينهما فكذا منافعه وبدلها كذا
غلة البغل لما ذكرنا وله ان الركوب يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق
فلا يتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه وحكم الغلة حكم الركوب لانها بدله ولو تهايا
في دار واحدة يمكن ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها
يجوز لان القسمة في هذا المثال تجوز وكذا المهاياة التي هي قسمة المنفعة والتهايؤ
على هذا الوجه افراز لا مبادلة حتى لا يفتقر الى بيان الوقت ولكل واحد منهما
ان يستغل ما اصابه بالمهاياة سواء شرط ذلك في العقد او لم يشرط لانا اذا
اعتبرناه قسمة للمنافع فتحدث المنافع على ملكه فملك ان يملكها من غيره بعوض وبغير عوض
ولو تهايا في عبد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير

لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والتهايؤ في الزمان متعين
هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا
على شيء لان الاول اكمل لانه يستعمل بجميع الدار والثاني اعدل لان كل واحد منهما يستعمل
في زمان واحد فاذا اختلف الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان
يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايا في عبدين على الخدمة جاز اما عندهما فظاهر
لانهما يجوزان قسمة الرقيق واما عنده فلان الخدمة هي القيام بالحوائج والتفاوت
في ذلك قليل بخلاف اعيان الرقيق فانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما مر ولو تهايا
فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه صح استحسانا للتسامح في الطعام للمماليك بخلاف شرط
الكسوة لا يتسامح فيها ولو تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر
القاضي عليه اما عندهما فظاهر فلان قسمة الدارين على هذا المثال تصح وتعتبر افرازا لاعيان
المتقاربة بخلاف القسمة لانه يكثر التفاوت في اعيانها فالتحقت بالاجناس المختلفة
فصارت مبادلة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيه بالجبر اعتبارا بالقسمة
وكذا بالتراضي لانه يصير بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما بالتراضي لانه بيع احدهما
بالاخر جبرا والتهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد
الواحد والدابة الواحدة لا يجوز والفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال
ثابت في الحال والظاهر عدم التغير في العقار والتغير في الحيوان فتفوت المعادلة
ولو زادت الغلة في الدار الواحدة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان
جميعا للتعديل بخلاف ما لو كان التهايؤ في المنافع فاستغل احدهما في نوبته
زيادة لان التهايؤ وقع في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل
عند العقد بخلاف ما لو تهايا على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة احدهما
حيث لا يشتركان فيه لان معنى الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء
فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليه صاحبه وفي الدار الواحدة
يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كانه اقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على ان يستوفي

من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في اجارة نصيبه فاذا
استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا ولو كان نخل وشجر بين رجلين فتهايآ على ان ياخذ
كل واحد واحد منهما طائفة يستثمرها لم يجز وكذا لو كان غنم بين اثنين فتهايآ على ان ياخذ
كل واحد منهما طائفة يرعاها وينتفع بالبانها لم يجز لان المهاياة تختص بالمنافع دون
الاعيان فالضرورة تختص بالمنافع لانه لا يمكن قسمتها بعد وجودها لسرعة فنائها وانقضائها
وهذه اعيان باقية يمكن قسمتها فلم تتحقق الضرورة والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم
يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بوزن معلوم استقراضا لنصيب صاحبه
ثم هو قرض المشاع لكنه جائز

كتاب المزارعة

وهي في اللغة مفاعلة من الزراعة وفي الشريعة عقد على الزرع ببعض الخارج وهي
فاسدة عند ابي حنيفة رضي الله عنه جائزة عندهما لانه صلى الله عليه وسلم دفع
نخل خيبر الى اهلها معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من ثمر وزرع وبذلك
عمل الصحابة والتابعين والصالحين الى يومنا هذا بلا نكير ولان العقود ما شرعت الا
لحاجة الناس وبالناس حاجة اليها فان الانسان قد يكون له ارض ولا يهتدي
الى الزراعة وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة الى انعقادها
لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة فانه يكون العمل من
احدهما والمال من الاخر وما يحصل من الربح بينهما على العمل والمال بينهما لحاجتهما
الى ذلك كذا او دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الاولاد والابريسم
فان ذلك الزوائد تتولد من العين ولا اثر لعمل الراعي والحافظ فيها وانما تحصل الزيادة
بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما باختياره فلم يتحقق شرطه مع انه ليس في ذكر العقد
عرف ظاهر فاما هنا فلعمل الزارع تاثير في تحصيل الخارج والعرف ظاهر في عامة البلدان
فافترقا وله حديث رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة وهي
مزارعة الارض على الثلث او الربع من الخبر وهو الاكار لمعالجة الخبار وهي الارض
الرخوة ولانها وان تضمنت معنى الشركة فمعنى الاجارة فيها اغلب الا ترى انها لا تنفسخ

بدون

بدون ذكر المدة وهي لازمة من جانب من لا بذر من قبله وكذا من جانب الاخر بعد القاء
البذر في الارض والمعاملة لازمة من الجانبين في الحال ولا يشترط التوقيت في الشركة
والمضاربة ولا يتعلق بهما اللزوم ولم يوجد شرط الاجارة ولان الاجر مجهول او معدوم
وفي وجودها خطر وكل واحد من المعنيين يمنع صحة الاجارة ولانه استئجار ببعض
ما يخرج من عمله فكان في معنى قفيز الطحان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن قفيز الطحان ولا يصح الاستدلال بالمضاربة لان معنى الشركة فيها اغلب حتى صحت
بدون ذكر المدة ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر كان على سبيل المصالحة
فانه لو اخذ جاز لانه ملكها غنيمة ولكنه منّ عليهم برقابهم واراضيهم ونخيلهم وجعل عليهم
نصف الخارج بطريق خراج المقاسمة وللامام راي في الارض الممنون بها على اهلها ان شاء جعل
عليها خراج الوظيفة وان شاء جعل عليها خراج المقاسمة والحيلة لجواز المعاملة والمزارعة
عنده ان يستاجر العامل باجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يستوجب
الاجر سواء حصل الخارج او لا ثم يتراضيان على بعض الخارج فيجوز ذلك واذا فسد
العقد عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه بمنزلة اجارة فاسدة
وهذا اذا كان البذر من قبل رب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض
والخارج في الصورتين لرب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر والفتوى على قولهما
لحاجة الناس اليها ولظهور التعامل بها وان كان القياس ياباه كالاستصناع فان قيل
التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المخابرة ان صور النصوص
والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او يحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روي
انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد
عندهما ثم المزارعة على قول من يجيزها تستدعي شرائط احدها كون الارض صالحة
للزراعة ليحصل المقصود وثانيها ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد فعقد
ما لا يصح الا من اهله وهو لا يختص بهذا العقد وثالثها بيان المدة لان العقد يرد
على منفعة الارض ان كان البذر من قبل العامل وعلى منفعة العامل ان كان البذر من قبله

والمنفعة لا يعرف مقدارها إلا ببيان المدة فكان المدة معيارا للمنفعة ورابعها بيان من كان
البذر من قبله لأن المعقود عليه يختلف باختلافه فإن البذر إن كان من قبل العامل فالمعقود
عليه الأرض وإن كان من قبل رب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود
عليه لأن جهالته تؤدي إلى المنازعة بينهما وخامسها بيان جنس البذر لأنه لا بد من إعلام
الأجر ولا يصير ذلك معلوما إلا ببيان جنس البذر وسادسها بيان نصيب من لا بذر من قبله
لأنه يستحق ذلك عوضا بالشرط وما لم يكن معلوما لا يجوز شرطا بالعقد وسابعها التخلية صح
بين الأرض وبين العامل إذا شرط في العقد ما يزول به التخلية وهو عمل رب الأرض مع العامل
لا يصح العقد وثامنها الشركة في الخارج يكون مفسدا للعقد وإنما يصح عندهما إذا كانت
الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر لأن رب الأرض استأجر العامل للعمل والبقر آلة
للعمل فجاز شرطه عليه كما لو استأجر خياطا ليخيط بإبرة نفسه أو صباغا ليصبغ الثوب
بصبغ نفسه أو يكون الأرض لواحد والباقي لآخر لأن رب الأرض استأجر الأرض بجزء معلوم
من الخارج ولو استأجرها بأجر معلوم من الدراهم والدنانير صح فكذا إذا استأجرها بجزء
مسمى من الخارج أو يكون العمل من واحد والباقي لآخر لأن رب الأرض استأجر العامل
ليعمل بآلته فيصح كما لو استأجر خياطا ليخيط بإبرة رب الثوب أو طيانا ليجعل له طينا بمره
فإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي فاسدة في ظاهر الرواية وعن أبي
يوسف أنه يجوز أيضا للعرف ولأنه لما جاز أن يكون البقر مع البذر مشروطا على رب الأرض
فكذا يجوز أن يكون البقر بدون البذر مشروطا عليه كما في جانب العامل فإنه كما جاز أن
يكون البذر مع البقر مشروطا على العامل جاز أن يكون البقر مشروطا عليه بدون البذر
وجه الظاهر أن رب البذر استأجر الأرض والبقر واستتبع البقر بجزء من الخارج معقود
لا يصح وهذا لأن منفعة البقر ~~علاجية يقام بها العمل~~ ليست من جنس منفعة الأرض فإن منفعة
الأرض قوة في طبعها يحصل بها الخارج ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل ولعدم المجانسة
لا يمكن جعل البقر تبعا لمنفعة الأرض ولا يجوز استئجاره ومنفعة البقر مقصودا بالمزارعة
كما لو كان البقر مشروطا على أحدهما فقط بخلاف جانب العمل لأن البقر آلة العمل فجعلت تابعة

لمنفعة

لمنفعة العامل وإن كان البذر لأحدهما والباقي لآخر فهي فاسدة لأن الشرع لم يرد به
وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل وكذا إن كان البذر والبقر لواحد والعمل والأرض لآخر
لأنه لما لم يصح عند انفراد كل واحد من البقر والبذر فكذا عند الاجتماع والخارج لرب
البذر في الوجهين في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لرب
الأرض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بأرضه ولا تصح المزارعة إلا على
مدة معلومة لما مر وأن يكون الخارج بينهما مشاعا ليتحقق معنى الشركة فإن شرطا
لأحدهما قفزانا مسماة فهي فاسدة لجواز أن لا يخرج الأرض إلا هذه القفزان المسماة فيكون
هذا الشرط قاطعا للشركة حينئذ وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في
المضاربة وكذا لو شرطا أن يرفع رب البذر بذره من الخارج ويكون الباقي بينهما
نصفين لجواز أن لا يخرج الأرض إلا قدر البذر فيؤدي إلى قطع الشركة وكذا
إذا كانت الأرض خراجية فشرطا رفع الخراج وأن يكون الباقي بينهما نصفين وهذا صح
إذا كان خراجا موظفا لأنه عسى لا يخرج إلا ذلك القدر وأما إذا كان خراج
مقاسمة نحو الثلث أو الربع فإنه يجوز كما لو شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والأرض
عشرية أو شرط رب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه مشاع
فلا يؤدي إلى قطع الشركة وكذا لو شرطا لأحدهما ما على الماذيانات والسواقي
فإنه يفسد لجواز أن لا يخرج إلا ذلك الموضع فيكون الشرط قاطعا للشركة حينئذ
وكذا لو شرطا ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من الناحية الأخرى لجواز أن
لا يحصل الريع في الناحية المشروطة لأحدهما دون الآخر وكذا لو شرطا لأحدهما
التبن وللآخر الحب أو شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يقطع الشركة
في الحب وهو المقصود ولو شرطا الحب نصفين وسكتا عن التبن صحت لأنهما
شرطا الشركة فيما هو المقصود والسكوت عن التبع لا يوجب بطلان العقد في الأصل
ثم يكون لرب البذر لأنه نماء ملكه وغيره إنما يستحق بالشرط ولا شرط وقيل
التبن بينهما نصفين أيضا لأن المعتبر هو العرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولأنه تبع للحب

ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت لانه شرط موافق لحكم العقد لانه نماء ملكه
ولو شرطا التبن للاخر فسدت لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو يؤدي الى قطع الشركة
فربما يصيبه آفة ولا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن واذا فسدت المزارعة فالخارج لرب
البذر لانه نماء ملكه والفرع انما يملكه بملك الاصل وانما يستحق الاجر بالتسمية فاذا فسدت
يكون النماء كله لرب البذر فان كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله
وان كان من قبل العامل فلرب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منفعة الارض او
العامل بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر رد عينها فيجب عليه قيمتها ثم عند
ابي حنيفة وابي يوسف لا يزاد على ما شرط له في المزارعة لرضاه بسقوط الزيادة
وعند محمد في الفصلين له اجر مثله بالغا ما بلغ كما مر في الشركة ولو كان البقر والارض لواحد
والبذر والعمل للاخر فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل عمله لانه انما استعمل بإقامة
هذه الاعمال ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض منه فقد غره والغرور
مدفوع فيقتضي بان يطالب رضاه وتبطل المزارعة بموت احد المتعاقدين كالاجارة
فلو دفعها اليه ثلث سنين فلما نبت الزرع الاول ولم يستحصد مات رب الارض تركت
الارض في يد المزارع ويقسم بالشرط وتنتقض المزارعة في السنتين الباقيتين لان في ابقاء العقد
في السنة الاولى مراعاة الحقين حق المزارع والورثة وفي القلع ابطال الحق العامل
اصلا وكان الابقاء اولى فاما في السنة الثانية والثالثة فلا حاجة الى الابقاء لانه ليس
الحق للمزارع في شيء بعد فعملنا بالقياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب
الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل
بمقابلة العمل لانه يتقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شيء واذا فسخت المزارعة بدين فادح
لحق رب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض
وحفر الانهار وسوى المسناة بشيء لانه لا يجوز ان يطالب بالمسمى وهو الخارج لانه معدوم
ولا يجوز ان يطالب باجر المثل لانه انما يجب عند فساد العقد ولم يفسد ولو نبت الزرع
ولم يحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لانه لو بيع في الدين يؤدي الى ابطال حق

المزارع اصلا وفي التاخير اضرار بالغرماء ولكن ضرر التاخير اهون من ضرر الابطال فيتاخر
البيع في الدين الى وقت الحصاد ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه ممنوع
عن بيع الارض فلم يكن ظالما فلا يحبس لانه جزاء الظلم فان مضت مدة المزارعة والزرع
لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصف الارض لصاحب الارض الى ان يستحصد لانه استوفى
منفعة نصف الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك وهذا لان المدة اذا انقضت
فقد انتهى العقد الا ان في قلعه ضررا فيتبقا العقد بالاجر كما في الاجارة والنفقة على
الزرع عليهما على مقدار حقوقهما حتى يستحصد لانه عمل في مال مشترك حيث انتهى العقد
بانتهاء المدة واستحقاق العمل على العامل انما كان في المدة بالعقد ولم يبق وهذا بخلاف
ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان العقد ثم بقي في
مدته واما هنا فقد انتهت المدة فانتهى العقد فلم يختص العامل بالعمل فان انفق احدهما
بغير امر صاحبه ولا امر قاض فهو متطوع في النفقة لان كل واحد منهما غير مجبر على الانفاق
فصار كالدار المشتركة بينهما اذا استرمت فانفق احدهما في مرمتها بغير امر صاحبه
كان متطوعا في ذلك ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لانه اضرار
بالزارع ولو اراد الزارع ان ياخذه بقلا قيل لرب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما
او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما انفقته في حصته لان المزارع
اذا امتنع عن العمل لم يكن الاجبار عليه بعد مضي المدة لانتهاء العقد فبقي الزرع مشتركا
بينهما فيخير رب الارض بين هذه الخيارات لان بكل واحد منها يندفع الضرر ولو
مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى
رب الارض فلهم ذلك لانهم قائمون مقام المورث في ملك نصيبه من الزرع فيقومون
مقامه في العمل وليس في ابقاء الزرع اضرار برب الارض وفي القطع اضرار بالورثة
وكان ابقاء العقد احق واذا ابقي العقد فلا اجر للورثة فيما يعملون لانهم عملوا
بموجب العقد فان ابى الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان الحكم بابقاء العقد
للنظر لهم فلا يمكن الالزام والمالك على الخيارات الثلاثة كما بينا وكذلك اجر الحصاد

والرفاع والدياسه والتذريه عليهما بالحصص فان شرطاها في المزارعه على العامل
فسدت وهذا الحكم عام في جميع المزارعات غير مختص بصورة انقضاء المده والزرع
لم يدرك وهذا لان المزارعه تنتهي باستحصاد الزرع حتى لو دفعه معامله بعد ما
استحصد لتعمل فيه الاعمال بالثلث لم يجز فلم يكن الحصاد من عمل المزارعه في شي وكان
شرطه مفسدا للعقد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعه لاحدهما فيفسد
العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا اشترط ذلك على المزارع
لانه متعارف وصار كشرط حذو النعل على البايع وهو اختيار مشايخ بلخ وهذا لان
المعروف كالمشروط فقد جوزنا الاستصناع للعرف وان كان القياس يأباه فهذا
مثله قال شمس الايمه في المبسوط وهذا هو الصحيح في ديارنا والاصل
ان ما كان من عمل قبل الادراك كالحفظ والسقي فهو على العامل لان العقد عليه وما
كان من عمل بعد تمام الادراك قبل القسمه كالحصاد والدياس والرفاع والتذريه
فهو عليهما بقدر الملك وما كان من بعد القسمه كالحمل الى البيت والطحن فهو على كل واحد
منهما في نصيبه خاصة لان بالقسمه تميز ملك احدهما عن الاخر فيكون التدبير في ملك
كل واحد منهما اليه والمعاملة على هذا القياس وما كان قبل ادراك الثمر كالسقي والتلقيح
والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرطا
الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لعدم العرف فيه وانما ترك ابو يوسف القياس
في الحصاد في التعامل ولا تعامل هنا وما كان بعد القسمه فهو على كل واحد منهما لما مر ولو
شرطا الحصاد في الزرع على رب الارض لم يجز اجماعا لانه لا عرف فيه ولو ارادا قصل
القصيل او جد الثمر بسرا او التقاط الرطب فهو عليهما لانهما اذا اتفقا على القطع فكانهما
انهيا العقد فصار كالحصاد بعد التناهي واذا كان البذر من رب الارض وشرط ثلث
الخارج لنفسه وثلثه للمزارع وثلثه لعبد مأذون مديون للمزارع ولم يشرط العمل على
العبد فالمشروط للعبد يكون لرب البذر عند ابي حنيفه على قول من يجيز المزارعه لان
المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فصار شرطه للعبد بغير عمل كشرطه

للاجنبي بغير عمل ولا يستحقه بل يبقى لرب البذر لملكه البذر لا بالشرط وقالا هو للمزارع
لان مولاه يملك كسبه فصار شرطه للعبد بغير عمل شرطا لمولاه ولو قال ان تزرعه
في رجب فلك النصف والا فلك الثلث فعند ابي حنيفه صح الشرط الاول وفسد الشرط الثاني
وعندهما صح الشرطان وقد مر الوجهان ولو قال رب الارض دفعت الارض
بالنصف وقال المزارع لا بل شرطت لي نصف الخارج وزيادة عشرة اقفزه وكان ذلك
قبل العمل فالقول لرب الارض على قياس من اجاز المزارعه لان القول لمدعي الصحه
عنده كما في السلم وعندهما القول للمزارع لانكاره لزوم العمل عليه وان اختلفا بعد
فراغه من العمل فالقول لرب الارض عندهم لانه لا انكار من المزارع لانه اذا فرغ من
العمل لا يمكن ان يقال انه انكر لزوم العمل عليه ولو دفع ارضه الى رجلين على ان يزرعاها
ببذرهما على ان لاحدهما ثلث الخارج وللاخر شعيرا قفيزا من الخارج تفسد المزارعه
في الكل عنده لان المزارعه على ان يكون لاحدهما قفزان من الخارج فاسده عندهم
والصفقه متحده فيفسد الكل عنده كما هو اصله وعندهما جاز في حق صاحب الثلث
وبطل في حق من شرط له القفزان من الخارج لما عرف والله اعلم بالصواب

كتاب المساقاه

هي مفاعله من السقي وهي المعامله
في الاشجار ببعض الخارج منها قال ابو حنيفه المساقاه بجزء من الثمر مشاعا باطله وقالا
جايزه اذا سميا جزءا من الثمر مشاعا والكلام فيه كالكلام في المزارعه وشرط تسميه
الجزء مشاعا اذ شرط جزء معين يقطع الشركه وقال الشافعي ومالك المعامله
جايزه ولا يجوز المزارعه الا تبعا للمعامله وشرط التبعيه عند مالك ان يكون الاصل
ضعف التبع لانه به يتحقق التبعيه والمعامله عنده انما تصح اذا شرط النفقات كلها
على العامل لانه من تمام العمل لهما ان الاصل في هذا المضاربه والمعامله اشبه بالمضاربه
من المزارعه فان في المعامله الشركه في الزياده دون الاصل وهو النخيل كما في المضاربه
في الربح دون راس المال وفي المزارعه لو شرطا الشركه في الفضل دون اصل البذر بان
شرطا دفع البذر من راس الخارج لم يجز العقد فجوزنا المعامله مقصودا ولم نجوز المزارعه

الاستغال في ضمن المعامله وقد صح العقد في الشي تبعًا وان كان لا يصح مقصودًا كالوقف في
المنقول تبعًا لوقف العقار وبيع الشرب تبعًا لبيع الارض ولو دفع نخلًا او شجرًا او كرمًا معامله
بالنصف ولم يذكر مده معلومة لم يجز قياسًا لانه استيجار للعامل وفي هذا لا يصير المعقود
عليه معلومًا الا ببيان المده فان لم يكن بينا لم يجز العقد كما في المزارعه وفي الاستحسان
اذا لم يبين المده يجوز ويقع على اول ثمره تخرج في اول السنه لان لادراك الثمره وقتا معلومًا
عادةً والثابت عاده كالثابت شرعًا فصارت المده معلومة وان تقدم او تاخر بذلك يسير
لا يقع بسببه منازعة عادةً وقد بينا بان العقد يتناول اول ثمره وفيما وراء ذلك يشك
فلا يثبت الا بالمتيقن حتى اذا لم تخرج الثمره في تلك السنه انتقضت المعامله لان العقد لم
يتناول الا ذلك القدر من المده فكانهما نصا على ذلك بخلاف المزارعه فان اخر المده ثم مجهول
بجهاله اولها لان ما يزرع في الخريف يدرك في اخر الربيع وما يزرع في الربيع يدرك في اخر
الصيف وما يزرع في الصيف يدرك في اخر الخريف فلجهاله وقت ابتدا عمل المزارعه
يصير وقت انتهائه مجهولًا وهذه جهاله مفضيه الى المنازعة ولهذا لا يجوز العقد
الا ببيان المده ولو دفع اليه رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها ويسقيها حتى
يخرج بزرها على ان ما رزق الله تعالى في ذلك من بزر فهو بينهما نصفين ولم يسميا وقتًا
فهو جائز استحسانًا لان لادراك البزر وقتا معلومًا عند المزارعين والبزر انما يحصل
بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحًا والرطبة لصاحبها ولو دفع اليه غرسًا
قد علق في الارض ولم يبلغ الثمر معامله على ان يقوم عليه ويسقيه فما خرج فهو بينهما نصفان
فهي فاسدة الا ان يبينا المده لان الشجر يتفاوت في ذلك بتفاوت الاراضي بالقوه والضعف
فان بينا مده معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلومًا فيجوز وان لم
يبينا مده لم يجز ولو دفع اليه اصول رطبة على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يذهب اصولها
وينقطع نبتها على ان الخارج بينهما فهي فاسدة وكذا النخل والشجر لانه ليس لانقطاعها
نهاية معلومه عادةً وجهاله المده في المعامله تفسد المعامله وكذا لو دفع اليه اصول
رطبة نابتة في الارض معامله ولم يسم الوقت فهو فاسد لان الرطبه ليس لها غايه

ينتهي

تنتهي اليها في نموها ولكنها تنمو ما تركت في الارض بخلاف الثمار فان لها غاية
تنتهي اليها فاذا تركت بعد ذلك تفسد ولو دفع نخلًا او شجرًا او كرمًا معامله
اشهرًا معلومه يعلم انها لا تخرج ثمره في تلك المده تفسد المعامله لان المقصود بالمعامله
الشركه في الخارج وهذا الشرط يمنع ما هو المقصود فيكون مفسدًا للعقد وان
شرطا مده قد تبلغ الثمره في تلك المده وقد تتاخر عنها جازت لانا لا نعلم بفوات موجب
العقد بهذا الشرط وانما يتوهم ذلك وهذا التوهم متحقق في كل معامله ومزارعه
بان يصطلم الزرع او الثمره افه سماويه فان خرج الثمر في تلك المده فهو بينهما على ما
شرطا لصحه العقد وان تاخر عن تلك المده فللعامل اجر مثله لفساد العقد لانه تبين
انهما سميا مده لا تخرج الثمار فيها ولو كان ذلك معلومًا عند ابتداء العقد لكان العقد
فاسدًا فكذا اذا تبين في الانتهاء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلًا لانه انما حدث من الافه
لا سيما ان الثمار لا تخرج في المده المذكوره فلم يتبين المفسد فبقي العقد صحيحًا
وموجبه الشركه في الخارج ولا خارج فلم يكن لواحد منهما على صاحبه شي وتصح المساقاة
في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي لا تجوز المعامله
الا في النخل والكرم لان جوازها بالاثر ورد وهو ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
بخيبر ولنا ان جوازها للحاجه وهي تعم الكل واهل خيبر يعملون في الاشجار
والرطاب ايضًا ولان الاصل في النصوص التعليل خصوصًا على اصله فانه يقول به
ولا يشترط اقامه الدليل على ان النص في هذا الحال معلول فلا يثبت نعم سمعه دعوى
تخصيص حكم المعامله على النخل والكرم باعتبار ورود الاثر فيهما وليس لرب الارض ان يخرج
العامل الا من عذر وكذا ليس للعامل ان يترك العمل الا من عذر بخلاف ما لو دفع
البذر والارض مزارعة لان في القاء بذره في الارض اتلاف ملكه فله ان لا يرضى به
وههنا لا يحتاج رب الكرم في ايفاء العقد الى اتلاف شي من ماله فيلزم العقد من الجانبين
ولا ينفرد واحد منهما بفسخه الا بعذر كسائر الاجارات فان دفع نخلًا فيه ثمرة
مساقاة والثمره تزيد بالعمل جازت وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا

دفع الزرع وهو بقل جاز وإذا استحصد وأدرك لم يجز لأن الترك بعقد المعاملة
إنما يصح فيما يحدث بعمل العامل أو يزداد بعمله ولا أثر للعمل بعد الإدراك فلو جوزناه
لكان استحقاقا بلا عمل فيكون خلاف موضوع المعاملة بخلاف ما قبل التناهي للحاجة
إلى العمل وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لأنه في معنى الإجارة الفاسدة
كالمزارعة إذا فسدت وتبطل المساقاة بالموت لأن رب الأرض استأجر العامل ببعض
الخارج ولو استأجره بدراهم بطلت الإجارة بموت أحدهما أيهما مات فكذا إذا استأجره
ببعض الخارج فإن مات رب الأرض والخارج بسر انتقضت المعاملة قياسا حتى
كان الثمر بين ورثة رب الأرض وبين العامل نصفين وفي الاستحسان لا ينتقض
وللعامل أن يقوم على ذلك كما كان يقوم حتى يدرك الثمر وإن كره ورثة رب الأرض
لأن في انتقاض العقد بموت رب الأرض إضرارا بالعامل وإبطالا لما كان مستحقا
له بعقد المعاملة وهو ترك الثمار في الأشجار وإذا انتقض العقد يكلف بالجداد قبل
الإدراك وفيه ضرر عليه ولما جاز نقض الإجارة لدفع الضرر لأن
يجوز إبقاؤها لدفع الضرر أولى فإن قال العامل أنا آخذ نصف البسر له ذلك
لأن إبقاء العقد لدفع الضرر عنه فإذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد بموت رب
الأرض إلا أنه لا يملك إلحاق الضرر بورثة رب الأرض فيثبت الخيار إن شاؤوا صرموا
البسر فقسموه على الشرط وإن شاؤوا أعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله لهم
وإن شاؤوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل
من الثمر كما مر في المزارعة وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره
رب الأرض لأنهم قائمون مقامه وفيه نظر للجانبين فإن قالت الورثة نحن نصرمه
بسرا فلرب الأرض الخيارات الثلاثة التي بيناها آنفا ولو ماتا فالخيار في القيام عليه
أو تركه إلى ورثة العامل وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت رب الأرض
فكذا يكون لورثته بعد موته وليس هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة
الوارث المورث فيما هو حق مالي مستحق له وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك

فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا
ولو لم يمت واحد منهما ولكن انقضت المدة في المعاملة والخارج بسر فهذا والأول سواء
والخيار فيه إلى العامل فإن شاء عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما على ما اشترطا
لأن في الأمر بالجداد قبل الإدراك إضرارا بهما والضرر مدفوع وقد مر نظيره في الزرع
إلا أن هناك العامل إذا اختار الترك فعليه أجر مثل نصف الأرض لأن استئجار
الأرض صحيح فإن من اشترى زرعا في أرض ثم استأجر الأرض مدة معلومة جاز ولو
استأجرها إلى وقت الإدراك وجب أجر المثل أما الشجر فلا يجوز استئجاره حتى لو اشترى
ثمارا على رؤوس الأشجار ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك لا يجب عليه أجر وإذا
ظهر هذا الفرق يبتني عليه فرق آخر وهو أن العمل هناك عليهما بحسب ملكيهما في الزرع
لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل لا يستوجب عليه العمل بعد انتهاء المدة
وهنا العمل على العامل في الكل لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجرا بعد انقضاء المدة كما
كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل إلى وقت الإدراك
كما قبل انقضاء المدة وتفسخ بالعذر كالمزارعة لما مر في الإجارات وقد مر وجوه العذر
فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا معروفا بالسرقة يخاف عليه سرقة الثمر والسعف
قبل الإدراك لأنه يلزم رب الأرض ضررا لم يلتزمه فيتفسخ به ومنها مرض العامل
إذا كان يضعفه عن العمل لأن في إلزامه استئجار الأجراء إلحاق الضرر به ولم يلتزمه
بعقد المعاملة وإذا كان عليه في إبقاء العقد ضرر فوق ما التزمه بعقد المعاملة
ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل إحداهما
أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته لأنه يتعذر عليه استيفاء المعقود عليه
وإذا دفع رجل إلى رجل أرضا بيضاء سنين مسماة على أن يغرسها نخلا أو شجرا أو كرما
على أن ما أخرج الله تعالى من نخل أو شجر أو كرم فهو بينهما نصفان فإن غرسها فأخرجت
فجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل لأنه
استأجره ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذي

يظهر بعمله وبالاله فيكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فيكون فاسدا ثم الغراس عين
ماله قائم كائن للعامل وقد تعذر ردها عليه للاتصال بالارض فيلزمه قيمتها مع
اجر مثل عمله فيما عمل لانه ابتغى عن عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب اجر المثل
ولانه يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهول فلا يجوز والوجه
الاول اصح وان تزوج امراة على ان تزرع المراة ارضه بالنصف ببذرها او على ان يعمل
الزوج في كرمها او في ارضها ببذرها او على فعلها في نخله او ببذره وفعله في ارضها
او فعلها في ارضه وبذره يجب مهر المثل فهذه ستة مسائل في ثلاث اتفاق وفي ثلاثة
اختلاف اربعة منها في المزارعة واثنان في المعاملة اما الاول فالنكاح جائز
والمزارعة تبطل بما تم على قول محمد التسمية فاسدة ولها مهر مثلها لان الزوج بذل
منفعة الارض بمقابلة نصف الخارج ومنفعة بضعها فتتوزع منفعة الارض عليهما
باعتبار القيمة كما هو قضية المقابلة ونصف الخارج مجهول اصلا وقدرا فانه لا
يدري هل يخرج وكم يخرج وكان ما يقابل البضع من منفعة الارض مجهولا ايضا جهالة
فاحشة ومثل هذه الجهالة تمنع صحة التسمية فيجب لها مهر مثلها كما لو تزوجها على ثوب
وعند ابي يوسف التسمية صحيحة وصداقها اجر مثل نصف الارض لان الانقسام
من البضع ونصف الخارج باعتبار التسمية لا باعتبار القيمة لانه لا يمكن القسمة
باعتبار قيمتها لجهالة احدهما فيتوزع نصفين لان الشيء متى قوبل بمعلوم ومجهول
انقسم عليهما نصفين لوجود الاضافة اليهما على السواء كما لو اوصى بثلث ماله لفلان
وللفقراء كان لفلان نصف الثلث فههنا ايضا يكون الصداق منفعة نصف الارض
والمنفعة مال متقوم في حكم الصداق فتصح التسمية وبالتسمية تسلم نصف منفعة
الارض اليها وقد عجز عن ذلك لفساد المزارعة فيكون لها اجر مثل نصف الارض فان
طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى وهو ربع اجر مثل الارض عند ابي يوسف
وعند محمد لها المتعة لفساد التسمية فان زرعت المراة الارض زرعا فاخرجت
شيئا او لم يخرج فكل الخارج لها لانه نماء بذرها فان تزوجها على ان دفعت اليه

كرما معاملة بالنصف فالمعاملة على الخلاف لان الزوج التزم العمل بمقابلة بضعها
ونصف الخارج ولو تزوجها على ان يعمل في ارضها ببذرها مزارعة بالنصف فالمعاملة
على الخلاف لانها شرطت عمل الزوج بمقابلة بضعها ونصف الخارج واجمعوا على مهر المثل
ان كان العمل منها في نخيله او كان ببذره وفعله في ارضها او كان فعلها في ارضه
وبذره لان الزوج شرط لها نصف الخارج بمقابلة بضعها وعملها في الاول والثالث
وشرط لها نصف الخارج بمقابلة بضعها ومنفعة الارض في الثاني ونصف الخارج
مجهول جهالة فاحشة فلم تصح تسميته فكان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ والحاصل انه
متى كان المشروط بمقابلة البضع بعض الخارج فالتسمية فاسدة عندهم ومتى كان
المشروط منفعة الارض او منفعة العامل بمقابلة البضع ففي صحة التسمية
اختلاف كما بينا والله اعلم

كتاب الذبائح

وهي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح كالذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والذكاة والذبح اسم من ذكى
الذبيحة تذكية اذا ذبحها وهي شرط لحل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وحكم
ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله ولان بالذكاة يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر
وهي كما توجب حل الذبيحة توجب طهارتها وان لم يؤكل لحمه لانها تنبئ عن الطهارة
قال صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها اي طهارتها وهي على نوعين اختياري
حالة القدرة في محل مخصوص وهو ما بين اللبة واللحيين واضطراري حال عدم القدرة
وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لقصوره عنه
في المعنى المطلوب من الذكاة وهو انهار الدم ولهذا توقف المصير الى الثاني على
تعذر المصير الى الاول وهذه امارة البدلية وشرطها ان يكون الذابح على ملة
التوحيد اعتقادا او دعوى وان يكون حلالا خارج الحرم في حق الصيد فيحل
ذبيحة المسلم لانه على ملة التوحيد اعتقادا والكتابي لانه يدعي التوحيد والاصل
فيه قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به طعام يلحقه الذكاة
وخصهم لانه خص اهل الكتاب بالذكر وفيما لا يلحقه الذكاة يستوي الكتابي والمجوسي

ويحل ذبيحة الكتابي الحربي والذمي الحربي والتغلبي لاطلاق النص والمتولد من كتابي وغير
كتابي يحل صيده وذبيحته لان الولد يتبع خير الابوين دينا وقد مر في النكاح وعند
الشافعي لا تحل ذبيحة التغلبي لانه ليس بكتابي محض وتحل اذا كان يعقل التسمية اي يعلم ان حل الذبيحة معلق بها
والذبيحة اي شرائط الذبح من قطع الاوداج ونحوه ويضبط اي يقدر على قطع الاوداج
ويحسن القيام به وان كان صبيا او مجنونا او امراة او اخرس او اقلف اما اذا
كان لا يعقل التسمية والذبيحة ولا يضبط لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط
لما يأتي بعده بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا ولا يؤكل ذبيحة المجوسي لقوله
صلى الله عليه وسلم في المجوس سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي
ذبائحهم ولانه مشرك ليس له ملة التوحيد اعتقادا او دعوى والوثني لانه لا يعتقد
الملة والمرتد لانه لا ملة له لانه ترك ما كان عليه وما انتقل اليه لا يقر عليه بخلاف
الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا على ما اعتقده فيعتبر ما هو عليه
عند الذبح لا ما قبله حتى لو تمجس يهودي او نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة
ما لو كان مجوسيا في الاصل وان تهود مجوسي او تنصر اي يؤكل صيده وذبيحته كما لو كان
عليه في الاصل ولا تحل ما ذبحه المحرم من الصيد سواء ذبحه في الحل او الحرم لان
قتله الصيد حرام لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم والذكاة فعل مشروع
فلم يكن ذكاة وكذا لا يحل ما ذبح في الحرم من الصيد سواء كان الذابح حلالا او حراما
لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينفر صيدها والذبح اقوى من التنفير فاولى بالتحريم
وهذا الحكم في ما لو ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع
اذا الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحها لا يحرم وهذا لان الاصل حل الذبح والحرمة
ثبتت بالنص وهو مخصوص بالصيد فلا يتعداه ولا تحل ذبح تارك التسمية عمدا وان
تركها ناسيا يحل وقال الشافعي يحل في الوجهين وقال مالك لا يحل في الوجهين
والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال
البازي والكلب وعند الرمي وقول الشافعي مخالف الاجماع فانه من كان قبله اجمعوا

على الحرمة اذا ترك التسمية عامدا وانما اختلفوا فيما اذا تركها ناسيا فعلي وابن
عباس رضي الله عنهما يفصلان بين الناسي والعامد كما هو مذهبنا وابن عمر رضي الله
عنهما يحرمها ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه
الاجتهاد ولو قضى قاض بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لانه مخالف للاجماع وكفى بالاجماع
حجة عليه وله قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم
رواه البراء ابن عازب وابو هريرة ولان التسمية ليست بشرط اذ لو كانت شرطا للحل
لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة وكالشهادة في النكاح وقطع الحلقوم
والاوداج ولان كانت شرطا فالملة تقام مقامها كما في الناسي واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم
حين سئل عمن ذبح فترك التسمية ناسيا فقال كلوا فان تسمية الله تعالى في قلب كل امرئ
مسلم ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الاية ومطلق النهي يقتضي التحريم
وقوله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل
وان شارك كلبك كلب اخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك
وعلل للحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه وبظاهر
ما ذكرنا يحتج مالك اذ لا فصل فيه فتثبت الحرمة بحالة العمد زيادة على النص ويجري
النسخ ولكنا نقول في اعتبار ذلك حرج عظيم اذ الانسان مجبول على النسيان
وهو مدفوع بالنص والدليل السمعي غير مجري على ظاهره لان ذبيحة الناسي مختلف في
الصدر الاول ولم يجر الاحتجاج بينهم بظاهر النص ولو اريد به ظاهره لجرت المحاجة
بينهم وظهر الانقياد من المخالفين وارتفع الخلاف بينهم فان قيل الناسي مخصوص
من النص فيخص العامد بالقياس قلنا الناسي ليس بمخصوص منه لانه ذاكر تقديرا
لقيام الملة مقام الذكر فان قيل فلتقم الملة مقام الذكر في حق العامد ايضا
قلنا اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي بالحديث وهو معذور مستحق للنظر
اذ النص لا يدل على اقامتها مقامها في حق العامد وهو معذور ولان الناسي لا
يخلو اما ان يكون مرادا منه او لم يكن فان كان مرادا لا يكون مخصوصا وحينئذ يلزم

اراد العاطس بالطريق الاولى وان لم يكن مرادا ايلم مراد العاطس صونا للنص عن التعطيل
فان قيل النص مجمل فانه لا يدرى انه اريد به حال الذبح او حال الطبخ او حال
الاكل والاحتجاج بالمجمل لا يصح قلنا اجمع السلف على ان المراد به حال الذبح لا
فلا يكون مجملا ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد
تشترط عند الارسال والرمي على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والمقدور له في
الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه
حتى اذا اضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح شاة اخرى وترك التسمية عليها لا تحل ولو
رمى بسهمه الى صيد فاصاب صيدا اخر او اخذ سكينا وسمى ثم تركه واخذ سكينا اخر
او ارسل كلبه الى صيد وسمى فترك الكلب الصيد واخذ غيره حل ولو ذبح تلك الشاة
ثم ذبح اخرى بعدها وظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره
صيدا لا يؤكل ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره كقوله عند الذبح اللهم تقبل
من فلان ولا باس به قبل التسمية وقبل ان يضجع للذبح وهذا على ثلاثة اوجه احدها
ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة نحو ان يقول بسم الله محمد رسول الله
او يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له لكنه يكره لوجود
الوصل صورة والقران ظاهرا او ذلك يتصور بصورة الحرام فيكره وثانيها ان يذكر موصولا
على سبيل العطف والشركة نحو ان يقول باسم الله واسم فلان او باسم الله وفلان او باسم الله
ومحمد رسول الله بجر محمد فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله وقد قال الله تعالى وما اهل
به لغير الله وقال صلى الله عليه وسلم موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح
وثالثها ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة
او بعده وهذا لا باس به لانه صلى الله عليه وسلم كان يقول بعد الذبح اللهم تقبل هذه
عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد اقول ابن
مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية عند الذبح فلو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه
سؤال ودعاء ولو قال الحمد لله او سبحان الله او الله اكبر يريد به التسمية حل لانه

السوط ذكر الله تعالى على سبيل التعظيم وقد حصل ولو عطس فقال الحمد لله يريد التحميد
على العطاس وذبح لم يحل في الاصح لان المامور به ذكر الله تعالى عند الذبح وهو يريد به
الحمد على نعمه دون التسمية وما تداوله الالسنة عند الذبح وهو قوله بسم الله والله
اكبر فمنقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف
والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله اسفله واوسطه
واعلاه والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة بين اللبة واللحيين وما بينهما
هو الحلق كله لان المقصود اخراج الدم المسفوح من المذبوح وانه ما يكون منه
بالقطع في هذا المحل لانه مجمع العروق والمجرى فصار حكم الكل واحدا والعروق
التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله صلى الله عليه وسلم
افر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في الذبح فيتناول الكل لان هذه العروق
معهودة فانصرف اليها لان الحمل على الجنس لتعذر صرفه الى المعهود وقيل
هي جمع فينصرف الى الثلاثة فيتناول الودجين والمري بطريق التغليب ولم يرد من
ذلك الامر بقطع الحلقوم اقتضاء لتعذر قطع هذه الثلاثة بدون قطعه والثابت
اقتضاء كالثابت نصا وظاهره حجة على الشافعي حيث يقول بقطع الحلقوم والمري
يحل وان لم يقطع الودجين لانه لا حياة بعد قطع الحلقوم والمري ولمالك حيث يشترط
قطع الكل وعندنا ان قطعها حل وان قطع الثلث منها اي ثلاث كان عند ابي حنيفة
حل وهو قول ابي يوسف اولا وعنه انه يشترط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين
وعن محمد انه لا بد من قطع اكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن ابي حنيفة
لان كل واحد اصل بنفسه لورود الامر بقطعه فيعتبر اكثر كل واحد منها لتعذر
اعتبار الكل من كل منها ولهما ان الاباحة لم تتعلق بقطع هذه الاربعة بعينها
ليجب قطع الكل بل بغيرها وهي اسالة الدماء المسفوحة على سبيل الشريعة
وهذا المعنى يحصل بقطع الاكثر فوجب ان يقوم مقام الكل كما قام في كثير من الاحكام
تفاديا عن ذبائح البدعة الا ان ابا حنيفة يقول اذا قطع اي الثلاث يحصل هذا المعنى

فلا حاجة الى اشتراط غيره وهكذا قال ابو يوسف في رواية وشرط الحلقوم والمري واحد
الودجين في رواية لان الحلقوم مجرى النفس والمري مجرى الطعام والماء فلا ينوب احدهما
مناب الآخر وفي الجامع الصغير اذا قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج والمري لا يحل
لان الحل متعلق بقطع الكل او الاكثر وليس للنصف حكم الكل في موضع الاحتياط وان قطع
الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا وقد بينا الخلاف وانما
حكم بتبقية الاكثر صاحب الهداية حيث قال لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا
لجانب الحرمة لانه لما كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الاكثر ويجوز
الذبح بالظفر والقرن والعظم والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه
يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر
الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولان الذكاة فعل
مشروع فلا يكون ذكاة كما لو ذبح بغير المنزوع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
انهر الدم بما شئت وكل والمراد بما روي غير المنزوع ولان المنزوع آلة محددة يحصل
بها تسييل الدم النجس فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل
فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان الة الذبح غير الذابح وظفره وسنه منه ولان
فيه زيادة تعذيب على الحيوان وقد امرنا بالاحسان في الذبح قال صلى الله عليه وسلم
واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم وافرى
الاوداج الا الظفر والسن القائمين فان المذبوح بهما ميتة لما بينا وقد نص محمد في
الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك
فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يكره او لم يؤكل ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله
صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا
القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان
يضجعها ثم يحد الشفرة لان النبي صلى الله عليه وسلم راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته
فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها ويكره النخع وهو ان يبلغ

بالسلخ

بالسلخ النخاع وتوكل ذبيحته والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة لانه صلى الله عليه وسلم
نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه
وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لانه تعذيب للحيوان
بلا ضرورة وقد نهينا عنه ويكره قطع الراس لان فيه زيادة تعذيب فالحاصل ان ما فيه
زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح
وان ينخع قبل ان يبرد اي يسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ
ثم الكراهية في هذه الصور لمعنى زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فان
ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع الاكثر العروق حل لتمام فعل الذكاة ويكره
لما فيه من زيادة التعذيب بلا ضرورة فصار كما لو جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت
قبل قطع الاكثر العروق لا يحل لانه مات بذكاة الاضطرار وهو قادر على ذكاة الاختيار
وما استانس من الصيد فذكاته الذبح لانه قدر على ذكاة الاختيار فلا يحل بذكاة الاضطرار
لانها لا تزيل كل الدم وانما يصار اليها عند العجز عن ذكاة الاختيار وقد فات العجز وما
توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لانه لم يقدر على ذكاة الاضطرار وكذا ما تردى
من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار
في الوجهين لان ذلك نادر ولا عبرة للنادر في الاحكام ولنا انه حيوان وقع العجز
عن تحليله بالذكاة الاختيارية فيحل بالذكاة الاضطرارية كالوحشي وقوله ان التوحش
نادر قلنا اذا وقع فلا بد من اعتباره كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم
ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا غلبكم منها شيء فافعلوا به هكذا قاله في بعير
ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله وعن محمد ان الشاة اذا ندت خارج المصر حل بالعقر
وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانه يمكن اخذها في المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة
الاختيار ويخاف فوتها خارج المصر فتحقق العجز عن ذكاة الاختيار فيكتفى بذكاة الاضطرار
والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما
وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول

وهو نذر حل اكله ونسن نحر الابل وذبح البقر والغنم لانه صلى الله عليه وسلم نحر الابل
وذبح البقر وقد قال الله تعالى فصل لربك وانحر اي الجزور وقال ان الله يامركم ان تذبحوا
بقرة وقال وفديناه بذبح عظيم وهو الكبش ولانه موضع النحر من البعير لا لحم عليه
وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ وعروق فنا يجتمع في المنحر في الابل اسهل اما
في البقر والغنم فالذبح ايسر لاجتماع العروق في المذبح ولو عكسه اي لو ذبح الابل
ونحر البقر والغنم وقال مالك لا يحل لمخالفة الشرع وصار كالجرح في غير محل الذبح
ولنا ان المقصود تسييل الدم وهو حاصل وقد قال صلى الله عليه وسلم ما انهر
الدم وافرى الاوداج فكل وانما كره لمخالفة السنة ولا يتذكى جنين بذكاة امه حتى
لو نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فخرج من بطنها جنين ميت لم يؤكل الجنين عندنا اي جسمه
وزفر والحسن بن زياد اشعر او لم يشعر وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي اذا تم
خلقه اكل وان لم يتم خلقه لم يؤكل لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه
اي ذكاة امه نائبة عن ذكاته ولان الجنين جزء الام حقيقة حتى يتغذى بغذائها
ويتنفس بنفسها وينمو بنمائها ويقطع عنها بالمقراض كسائر الاجزاء من الجملة وحكما
حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق بعتقها ولا يصح استثناؤه في بيعها وعتقها
كاستثناء يدها ورجلها واذا كان جزءا منها اعتبر الذبح في الام ذبحا فيه لان الذبح مبناه
على الوسع والامكان حتى يكون في الاهلي بالذبح فاذا ند فبالجرح اي في اي موضع كان
والذي في وسعه ذبح الام لانه ما دام مجتنا لا يتاتى فيه الذبح مقصودا وبعد الاخراج
لا يبقى جنينا ولابي حنيفة انه اصل في الحيوة حتى يتصور حياته بعد
الانفصال
كذا بعد موت الام ينفصل الجنين حيا ولا يتوهم بقاء حيوة الجزء بعد موت الاصل والذكاة
تصرف في الحيوة فاذا كان اصلا في حكم الحيوة يشترط فيه ذكاة على حدة الا ترى انه لما
تصور العقول انفصاله حيا بعد موت الام وهنا لما تصور انفصاله حيا بعد
موت الام سمي انه ليس بتبع فيها ولهذا انفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه
ويصح الوصية له وبه وهذه احكام النفوس لا الاجزاء والذبح انما شرع لانهار الدم

والفصل

والفصل بين الرطوبات السائلة والنجسة واللحم الطاهر وبذبح الام لا يحصل هذا
المقصود لانه ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف ما اذا رمى الى
صيد فاصابه حيث يحل تناوله وان لم يحصل الفصل بين الطاهر والنجس على التمام لان
اصل الجرح قد وجد وهو في الجملة سبب لانفصال كل الرطوبات فاقيم السبب
مقام المسبب عند العجز وهنا اصل السبب لم يوجد ولئن قلت لما اكتفى باصل الجرح
الذي هو سبب لتسييل الرطوبات النجسة للعذر وجب ان يسقط اعتباره اصلا
قلت هو باطل لان اصل الجرح لا يسقط بالعجز كما لو قتل الكلب الصيد غما والمراد بالحديث
التشبيه لا النيابة اي ذكاة الجنين كذكاة امه كقوله فعيناك عيناها وجيدك
جيدها ولو كان المراد به ما قالوا لقال ذكاة الام ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير
لسان الامير وانما يدخل في البيع تحريا بالجواز لئلا يفسد باستثنائه وانما يعتق باعتاقها
لئلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع وذكر عقيب النوعين
فانصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب فالحمامة لها
مخلب والبعير له ناب والبقر لذلك قالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما
بان يصيد بهما والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة فذو الناب من السباع
الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري
والاهلي وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين والمؤثر
في الحرمة الايذاء وهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب والخبث وهو يكون
خلقة كما في الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما في الجلالة ومعنى التحريم
كرامة بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه الصفات الذميمة اليهم بالاكل وكرهوا
لحم الفيل لانه ذو ناب واليربوع وابن عرس لانهما من سباع الهوام والرخم والبغاث
لانهما ياكلان الجيف ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال وكان بشر المريسي ومالك

نبيحان الحمار الاهلي لحديث غالب بن ابجر فانه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق لي
مالي الا حميرات فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك واعتبراه بالحمار الوحشي وكل
حيوان وحشيه ماكوله فاهليته ماكوله كالابل والبقر وعكسه الكلب والسنور ولنا
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير رواه خالد بن الوليد ولما بلغ عليا
فتوى ابن عباس بإباحة المتعة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء المتعة
وعن الحمر الاهلية والمحرم والمبيح اذا وردا فالمحرم اولى لما مر ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم
كل من سمين مالك اي بيعه واستنفق ثمنه قال فلا باس اكل عقعقه وحل غراب الزرع
لانه يلتقط الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف والغداف لانه
من الخبائث لتناولهما الجيف ولا باس باكل العقعق وقال ابو يوسف سالت ابا حنيفة
عن العقعق فقال لا باس به فقلت انه ياكل الجيف فقال انه يخلط بشيء اخر فثبت
من ان ما يخلط لا باس باكله كالدجاج وقال ابو يوسف يكره اكله لان غالب ماكله اصلح
الجيف ويكره اكل الضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها وقال
الشافعي يؤكل الضبع والضب والثعلب لقوله تعالى قل لا اجد الاية ولنا
ما روينا والضبع والثعلب من السباع على ما قررنا واما الضب فلما روي عن عائشة
رضي الله عنها انه اهدي لها ضب قالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكله فكرهه
فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه فقال صلى الله عليه وسلم اطعمين ما لا تاكلين
واما الزنبور فمن المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات وقد قال الله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث ويكره لحم الخيل عند ابي حنيفة ومالك وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي
لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر واذن في الخيل ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله كبول ما يؤكل لحمه فدل
انه ماكول كالانعام وله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة
والاية سيقت لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يمتن بالاكل ولو كان ماكولا
لكان الاولى بيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع فيه بقاء النفوس ولا يليق

بحكمة الحكيم العدول عن بيان اعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا
الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فان قيل انما لم يذكر لانه يفهم الاعلى بذكر
الادنى بطريق الاولى قلنا هذا انما يصح اذا كان البيان بطريق الكناية وما نحن
بصدده من قبيل بيان النهاية الا ترى الى قوله تعالى فيما سبق والانعام خلقها
لكم فيها دفء ومنافع ومنها تاكلون ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير فلو كان المراد
ما ذكرتم لاكتفى بقوله والخيل والبغال والحمير في عدد نص اخر من المنافع فلما قال
لتركبوها علم ان الحكم في المعطوف عليه غير الحكم في المعطوف ولانه آلة ارهاب
العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة وما رويناه من حديث خالد
معارض لحديث جابر والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تنزيه لان كراهته
لمعنى الكرامة كيلا يحصل باباحته تقليل آلة الجهاد ولهذا كان سؤره طاهرا وهو
ظاهر الرواية وهو الصحيح كذا ذكر فخر الاسلام وابو المعين في جامعيهما وقيل
كراهة تحريم وحكي عن عبد الرحيم الكرميني قال كنت مترددا في هذه المسئلة
فرأيت ابا حنيفة في المنام يقول كراهة تحريم يا عبد الرحيم واليه مال صاحب الحصر
والهداية وروى الحسن عن ابي حنيفة الكراهة في سؤره كما في لبنه وقيل لا باس
بلبنه لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد ولا باس باكل الارنب لان اعرابيا اهدى
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ارنبا مشويا فقال لاصحابه كلوا ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف فصار كالظبي واذا ذبح ما يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي
والخنزير فان الذكاة لا تعمل في الادمي لحرمته وكرامته وفي الخنزير لخبثه ونجاسته
وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في حل اللحم قصدا وفي طهارة اللحم والجلد تبعا وفوات
الاصل يدل على فوات التبع قصدا فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في
ازالة الرطوبات النجسة فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد
كالتناول في اللحم وفي ذبح المجوسي اماتة فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه
حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده عندنا ثم قيل لا يجوز الانتفاع به في غير الاكل اعتبارا

البحر

وفيما يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب فانه لا يوكل وينتفع به
في غير الاكل ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك والشافعي وجماعة يوكل
جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الكلب والخنزير والانسان والخلاف في البيع والاكل
واحتج لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر وقوله صلى الله عليه وسلم في البحر هو الطهور ماؤه
والحل ميتته ولم يفصل بين صيد وصيد وميتة وميتة ولان المحرم هو الدم ولا دم في هذه
الحيوانات ولو كانت لها دم لا نطبق بدوام السكون فصارت كالسمك ولنا
قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والخبث ما يستخبثه الطبع السليم وما سوى السمك
يستخبثه الطبع السليم فيحرم بظاهر النص وقوله تعالى او لحم خنزير ولم يفصل بين
البري منه والبحري ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع السرطان واكل الضفدع
وما تلوا او رووا محمول على السمك ولا يوكل السمك الطافي وقال مالك والشافعي لا
باس به لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه فسر الطعام بالسمك ما يوجد فيه
ميتا وقوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك
والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ولنا حديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال في السمك ما لفظه البحر فكلوه وما نضب عنه الماء فكلوه وما طفى على الماء
فلا تاكلوه وعن علي وابن عباس وابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وانه
مات لا يعرف قياسا فيثبت انهم قالوه سماعا والمراد بطعام البحر المالح المقدد منه
وبمثله ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه بلا آفة ولا باس باكل
الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك لا يحل الجراد
الا ان يقطع الآخذ راسه او يشويه لانه صيد البر الا يرى انه يجب على المحرم بقتله
الجزاء فلا يحل الا بالقتل كسائر الحيوان البري ولنا ما تلونا وروينا وعن علي رضي الله عنه
ذكوة السمك والجراد اخذه اي سبب الحل فيهما بالاخذ عن الذكاة وسئل عن الجراد
ياخذه الرجل من الارض وفيه الميت وغيره فقال كله كله وفي رواية كله كله وهذا
معدود في فصاحته ولان موته لا بد ان يكون بسبب فانه يجري الاصل بترك المعاش

كما

كما قيل ان بعض السمك اذا اخرج عنه الماء يصير جرادا فاذا مات في البر فقد مات في غير
موضع معاشه وذلك سبب لموته وروي ان مريم رضي الله عنها سالت لحما فرزقت الجراد
وعمر رضي الله عنه كان مولعا باكل الجراد والاصل في السمك عندنا ان ما مات بسبب
فهو حلال كالماخوذ منه وما مات منه بغير سبب لا يحل كالطافي فان ضرب سمكة
فقطع بعضها يحل ما ابين وما بقي لان موته بسبب وما ابين من الحي وان كان
ميتا فميتته حلال بالحديث وكذا ان وجد في بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان
سبب لموتها وكذا ان قتلها شيء من طير الماء او غيره وكذا ان ماتت في حب ماء
اجتمعا في حضيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على التخلص منها او اكلت شيئا
القته في الماء لتاكله فماتت منه او ربطها في الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت
توكل فان ماتت بحر الماء او برده توكل في رواية لوجود السبب لموتها وفي رواية اخرى
لا توكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا ذبح شاة او بقرة فتحركت بعد الذبح
او خرج منها دم يحل وان لم يتحرك ولم يخرج الدم لا يحل وهذا اذا لم يدر حيوته وقت
الذبح فان علم حل وان لم يتحرك ولم يخرج الدم كالمجروح اي لو ذبح المنخنقة او الموقوذة
او المتردية او النطيحة او التي فقر الذئب بطنها وبها حيوة حل في ظاهر الرواية المذهب
لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولا يفصل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه انما يحل اذا كان
بحال يعيش يوما لولا الذكاة لانه اذا كان بحال يعيش اقل من يوم لولا الذكاة
يوكل والا لا افاد لا كثر مقام الكل وعن محمد انه اذا بقي من حيوته اكثر من حيوة
المذبوح او دونه يحل والا لا والله اعلم بالصواب

باب الاضحية

هي ما يضحى بها اي يذبح وجمعها الاضاحي ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا واضحاة
واضحى وبه سمي يوم الاضحى اعلم ان القرب المالية نوعان نوع بطريق التمليك
كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها
تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك وهي واجبة على كل حر مسلم
مقيم موسر في يوم الاضحى عند ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وابي يوسف في رواية وعن

اخذها بعض صيد ففيس فيها الا ان
ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت
في الشبكة وهو لا يقدر على التخلص

ابي يوسف في الجامع انها سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي في مختصره انها عند ابي حنيفة
واجبة وعند ابي يوسف سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف والاصح انها واجبة
عند اصحابنا للشافعي قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره
واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم ثلث كتبت
علي ولم تكتب عليكم الوتر والاضحية وصلاة الضحى وقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا
فانها سنة ابيكم ابرهيم ولانها لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم كالعتيرة وهذا لانه لا
فرق بين المسافر والمقيم في العبادات المالية كالزكوة وصدقة الفطر لانهما يستويان في
ملك المال وانما يفترقان في البدنية فالمسافر يلحقه المشقة في الاداء بالبدن ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا والحاق مثل هذا الوعيد
لا يكون الا بترك الواجب وقوله صلى الله عليه وسلم من ضحى قبل الصلوة فليعد والامر
يفيد الوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا دليلنا لانه امر فيفيد الوجوب وقوله
فانها سنة ابيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت او غير واجبة
وهي غير مكتوبة بل هي واجبة فالمكتوبة ما يكون فرضا يكفر جاحده وقد كان رسول الله صلى
الله عليه وسلم مخصوصا بكون الاضحية مكتوبة عليه ولان هذه قربة تضاف اليها وقتها
فيقال يوم الاضحية فلا يكون واحد فيه كالجمعة وهذا لان الاضافة تدل على الاختصاص
وذا بالوجود فيه وانما يوجد ظاهرا اذا كانت واجبة لان الوجوب يفضي الى الوجود
بالنظر الى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك الواجب
ولا يصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه فالصوم يجوز في سائر الشهور والمسمى
بشهر الصوم رمضان وانما لا تجب على المسافر لان الاداء يختص باسباب تشق على المسافر
استصحابها في السفر وتفوت بمضي الوقت فلا يدفع المشقة لا يلزمه كالجمعة بخلاف سائر
العبادات المالية وجاز ان يكون المراد بالارادة فيما روى القصد الذي هو ضد السهو لا
التخيير لانه غير مخير اجماعا وهذا لا ينافي الوجوب والعتيرة منسوخة بالاجماع وهي
ذبيحة تذبح في رجب كانت في صدر الاسلام ولا دليل على نسخ الاضحية وقولهم الاضحية

دابه

ف

واحدة يحتمل ان يراد بها تضحية الاضحية على حذف المضاف كقوله تعالى الحج اشهر معلومات
اذ الافعال توصف بالوجوب ويحتمل ان يراد حقيقتها لا الاعيان لان الاعيان توصف
بالحرمة عندنا فتوصف بالوجوب ايضا وسبب الاضحية الرأس كما في صدقة الفطر وقيل
الوقت والتقييد بالحرية لانها قربة عبادة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك والاسلام
اذ لا قربة الا من المسلم والاقامة لما بينا واليسار لما روينا واشتراط المستحق والمعتبر
باب صدقة الفطر وقد مر ثم والوقت لاختصاصها به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى
وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بينا ولا تجب على طفله في ظاهر الرواية
وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تجب على ولده الصغير لانه ملحق به بعلة الجزئية والولاية
كما في صدقة الفطر وجه الظاهر ان الاضحية قربة محضة والاصل في العبادات ان لا
تجب على الغير بسبب الغير بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب رأس يمونه
ويلي عليه وهذا المعنى يتحقق في ولده الصغير ولهذا لم تجب التضحية عن عبده وتجب صدقة
الفطر عنه فان كان للصغير مال فعلى ما قال بعض مشايخنا على الاب والوصي ان يضحي عنه
من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف اعتبارا بصدقة الفطر والاصح انه لا يجب ذلك وليس
للاب ان يفعله من ماله لانه ان كان المقصود الاتلاف فالاب لا يملكه في مال ولده
كالاعتاق وان كان المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع ومال
الصبي لا يحتمل صدقة التطوع كذا في المبسوط ويجوز ان تذبح الشاة عن واحد والبقرة
والبعير عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد وهي لا تجزي الا انا تركناه بقوله
صلى الله عليه وسلم البدنة تجزي عن سبعة ولا نص في الشاة فيبقى على القياس وتجوز
عن خمسة او ستة او ثلثة بالطريق الاولى ولا تجوز عن ثمانية لان التقدير الشرعي
لمنع النقصان او الزيادة ولا يمنع النقصان فيمنع الزيادة لئلا يخلو عن الفائدة
وكذا ان كان نصيب احدهم دون السبع ولا تجوز عن الكل لفوات وصف القربة
في البعض وعدم تجزي هذا الفعل في كونه قربة حتى لو مات رجل وترك ابنا وامرأة
وبقرة فضحيا بها لم تجز لان نصيب المرأة الثمن فاذا لم تجز في نصيبها لم تجز في نصيب الابن

لان الاراقة واحدة

البقرة عن سبعة

ايضا وقال مالك يجوز البدنة عن اهل بيت واحد سبعة كانوا او اكثر ولا يجوز عن اهل
بيتين وان كانوا اقل من سبعة لقوله صلى الله عليه وسلم على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة
ولنا ما روينا والمراد بما روي والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار يكون له دونهم
دل عليه ما ذكر في بعض الروايات على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة وهذا محكم وما روي
محتمل فحملناه على المحكم واذا كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة
اسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون
ولو اقتسموا اجزاء فلا يصح لان في القسمة معنى التمليك الا اذا كان معه شيء من الاكارع
والجلد كما في البيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة اجزاه
استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لانه اعدها
للقربة فلا يكون له ان يبيع شيئا منها بعد ذلك على قصد التمول والاشتراك بهذه الصفة
لانه يملك بعض الاضحية من اخر بالبدل وهذا بيع ولنا انه لو اشترك لهم معه في الابتداء
بان اشتروا جملة جاز فكذا اذا اشركهم بعد الشراء قبل تمام المقصود وهذا لان
الانسان قد يحتاج الى هذا فانه قد يجد بقرة سمينة ولا يظفر بالشركاء وقت البيع
فيشتريها ثم يطلب شركاه فيها بعد ذلك فلو لم يجز له ذلك لادى الى الحرج وقد امكن
ذلك لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع وان فعل ذلك قبل الشرا كان احسن ليبعد
عن الاختلاف وعن صورة الرجوع في القربة وليس على المسافر والفقير اضحية ولا اضحية
ووقت الاضحية من يوم النحر الى اخر ايام النحر وايام النحر ثلاثة يوم الاضحى وهو
العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر ويدخل وقته بطلوع الفجر من يوم
النحر الا انه يشترط تقديم الصلاة على التضحية في حق اهل الامصار حتى لا يجوز للمصري
الذبح حتى يصلي الامام العيد لعدم الشرط لا لعدم الوقت فاما اهل السواد فيذ
بحون بعد الفجر لانه لا صلاة عليهم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ضحى قبل
الصلاة فليعد رواه ابن عازب وقوله صلى الله عليه وسلم ان اول نسكنا في هذا اليوم
ان نصلي ثم نذبح وهذا لان دخول الوقت لا يختلف في حق اهل الامصار والقرى وانما

يختلفون

يختلفون في وجوب الصلاة فليس على اهل القرى صلاة العيد والتاخير في حق المصري
ليتبين غايته عن الصلاة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلاة عليه وقال مالك
والش رح لا يجوز بعد الصلاة قبل نحر الامام والحجة عليهما ما روينا والمعتبر في ذلك
مكان الاضحية حتى لو كانت الاضحية في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو
كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة واذا اراد المصري التعجيل باخراج الاضحية
الى خارج المصر في موضع يباح للمسافر قصر الصلاة فيضحي بها كما انشق الفجر وهذا لان
الاضحية تشبه الزكوة من حيث انها قربة محضة تسقط بهلاك المال قبل مضي الايام
المعينة كما ان الزكوة تسقط بهلاك النصاب فاعتبرنا فيها معنى المونة ولا تسقط
بهلاك المال بعد طلوع الفجر يوم الفطر فاعتبرنا فيها موضع المال دون موضع صاحب
المال بخلاف صدقة الفطر فانها قربة فيها معنى المونة ولا تسقط بهلاك المال بعد
طلوع الفجر يوم الفطر فاعتبرنا فيها مكان المؤدي لا مكان الولد والرقيق على ما عليه
الفتوى ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا والقياس
ان لا يجوز لان هذا قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة من وجه فلا يجوز بالشك
احتياطا في العبادات وجه الاستحسان ان الشرط هو الذبح على اثر صلاة معتبرة
وقد وجد لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم فيجوز ولو كان على العكس
يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة
اصل وقد صلوا وقيل بل الاستحسان والقياس فيهما ويختص جواز الاداء بايام
النحر وهي ثلاثة ايام عندنا لقوله صلى الله عليه وسلم ايام النحر ثلاثة اولها
افضلها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تجز التضحية بعده وقال الش رح
يجوز في اليوم الرابع وهو اخر ايام التشريق لقوله صلى الله عليه وسلم ايام التشريق
كلها ايام ذبح ولنا انها لما تعارضت الاخبار اخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها
اولها لما روينا ولان فيه مبادرة الى اداء القربة وهو الاصل في القربات
الا لمعارض كما في الاسفار بالفجر ونحوه ويجوز الذبح ليلتيها لانها تبع للايام وصادف اوقاتا

الا انه يكره لانه لا يامن ان يغلط لظلمة الليل وروي عن ابي يوسف انه قال الايام
الايام المعلومات ثلاثه وهي ايام التشريق والايام المعدودات ثلاثه وهي ايام النحر
ويمضي هذه الثلثة في اربعة فيوم النحر المعدودات خاصة واخر ايام التشريق
من المعلومات فالاول نحر فقط والاخر تشريق فقط والمتخللان نحر وتشريق والتضحية
في ايام النحر اوجب من التصدق بمثل ثمنها لان الواجب التقرب بالاراقة للدم وذا لا يحصل
بالتصدق بالقيمة ولان الاراقة لا تتاتى في كل وقت والصدقة تتاتى في كل وقت وكانت
افضل كالطواف بالبيت افضل في حق الافاقي من الصلاة وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة
اشترى اولم يشتري لانها واجبة على الغني وانما تجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية
عينها حلالا فالثاني لان الشرى من الفقير بنفسه بنية التضحية بمنزلة النذر فاذا
تعذر الذبح لفوات وقتها تعليه التصدق كالجمعة تقضى ظهرا بعد فواتها وفيهما
وهذا لان التضحية وان ثبتت قربة في ايامها الا انه احتمل ان يكون التصدق بعين
الشاة او بقيمتها اصلا لان المشروع في باب الاموال كما في سائر الصدقات فانتقل
منه الى التضحية تطييبا للطعام في ايام الضيافة فان قيل لو كان اصلا لكان
احب من التضحية في ايامها قلنا هذا موهوم احتملناه كما في الفدية اذا عجز عن الصوم
ويجوز ان يضحي بالجماء التي لا قرن لها لان المقصود لا يتعلق بالقرن وكذا مكسورة
القرن بالطريق الاولى والخصي لان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوءين
احدهما عن نفسه والاخر عن امته وعن ابي حنيفة ان الخصي اولى لان لحمه اطيب والثولاء
وهي المجنونة وانما يجوز اذا كانت سمينة ولم يكن بها ما يمنع السوم والرعي اما اذا
كانت بحال ذلك فلا يجوز ولا يجوز بالعمياء والعوراء والعجفاء التي لا تمشي الى المنسك
لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن التضحية باربع العوراء البين عورها والعرجاء البين
عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي ولا مقطوعة اكثر الاذن او
الذنب او العين او الالية لقوله صلى الله عليه وسلم استشرفوا العين والاذن
اي اطلبوا سلامتهما والذنب والالية عضوان مقصودان فصار كالاذن وكذا جاز

لان

٢١٨ لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا فكان بقاء الاكثر كبقاء الكل وذهاب الاكثر كذهاب الكل
والاصل ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قل ما يخلو عن عيب فلا
يمكن الاحتراز عنه ولانه صلى الله عليه وسلم شرط ان يكون بينا واليسير لا يكون بينا
وفي تقديره عن ابي حنيفة اربع روايات ففي ظاهر الرواية عنه الزائد عن الثلث حتى لو
كان المقطوع اكثر لا يجزيه وان كان الثلث او اقل يجزيه وهكذا روى هشام عن محمد اعتبارا
بالوصية فان الوصية بالثلث نافذة بدون رضا الورثة لقلته وبالاكثر منه لا تنفذ الا
برضاهم لكثرته وفي رواية ثلث عن ابي حنيفة الثلث حتى لو كان الذاهب اقل من الثلث لا يجوز لقوله
صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير وفي رواية بن شجاع عن ابي حنيفة لان للربع حكم الكل
كما في تقدير النجاسة وانكشاف العورة وحلق الراس في الحج وفي رواية الزائد على النصف
وهو قولهما قال ابو يوسف قال ابو حنيفة الثلث مانع فذكرت له قولي فقال قولي قولك
قيل هو رجوع من ابي حنيفة الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك
وفي كون النصف مانعا روايتان كما في انكشاف العورة وجه هذه الرواية ان القلة
والكثرة من الاسماء الاضافية فالكثير ان يكون ما يقابله اقل منه والقليل بعكسه ووجه اعتبار
الحضر وانما يعرف ذهاب قدر النصف او الثلث من العين بان تشد العين المعيبة بعد ان
لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رآه من موضع اعلم
ذلك المكان ثم تشد العين الصحيحة ويقرب العلف اليها قليلا قليلا حتى اذا رآه من مكان
اعلم ذلك المكان ثم ينظر ما بين الرؤية الاولى والثانية من المسافة فان كانت المسافة بينهما
الثلث فقد ذهب الثلث وبقي الثلثان وان كانت النصف فقد ذهب النصف والجرباء
ان كانت سمينة تجوز لان الجرب في الجلد ولا خلل في اللحم وان كانت عجفاء لا تجوز لسرايته
الى اللحم واما الهتماء فقد كان ابو يوسف يقول اولا لا يجوز ان يضحى بها وان كانت تعتلف
ثم رجع وقال يجوز ان كانت تعتلف لانه وقع عنده في الابتداء ان الهتماء التي ليست لها
اسنان ثم علم بعد ان الهتماء مكسورة بعض الاسنان فاذا كانت تعتلف فالباقي من
الاسنان التي من الاعلى وذلك لا يمنع الجواز عنده كذا في المبسوط والسكاء وهي التي

ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم وجد الاولى فعليه ان يضحي بهما ان كان معسرا وان كان موسرا

لا اذن لها خلقة لا يجوز لان قطع اكثر الاذن مانع الجواز فعدم الاذن اولى وهذا
لان الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة عند الشرى فان اشتراها سليمة
ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا فعليه غيرها لان الواجب في ذمته بصفة الكمال فلا
يتأدى بالناقص وان كان فقيرا تجزيه هذه لانه لا واجب في ذمته بل يتعين الحق في العين
بالشرى فيتأدى بالعين على اي صفة كانت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نقصان
الزكاة لان الحقين يسقطان بهلاك المال بعد الوجوب وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت
المشتراة للتضحية عنه او سرقت فعليه بدلها ان كان موسرا ولا شيء عليه ان كان
معسرا فعليه ان يضحي بها ولو اضجعها للذبح فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها جاز استحسانا
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان التأدي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي
معيبة عند التضحية ولنا ان هذا مما لا يستطاع الامتناع عنه فقد تنقلب السكين
وبه فتصيب عينها وهذه من مقدمات الذبح فالحقت به وكذا لو تعيبت في هذه الحالة
فانفلتت فاخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد لحصوله بمقدمات الذبح خلافا لابي يوسف
والاضحية من الابل والبقر والغنم لان الاراقة عرفت قربة بخلاف القياس في هذه الثلاثة
فلا يتعدى عنها وجاز الثني من الكل والجذع من الضان اذا كان عظيما بحيث لو اختلط
بالثنيان لا يمكن التمييز من بعيد لقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا بالثنيان ولا تضحوا بالجذعان
وقال صلى الله عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع من الضان ولا خلاف ان الجذع من المعز لا يجوز
والجذع من الضان الذي اتى عليه اكثر الحول عند الاكثر وذكر في المبسوط اذا تم له
سبعة اشهر فهو جذع بعد ذلك والثني منه ما تم له سنة وطعن في الثانية كذا في المعز
ومن البقر الذي طعن في الحول الثالث عند جمهور الفقهاء ومن الابل الذي تم له خمس سنين
وطعن في السادسة ويدخل في البقر الجاموس لانه منه والمتولد بين الوحشي والاهلي يتبع
للام لان جانبها مرجح على جانبه فان كانت الام اهلية بان نزا ظبي على شاة جازت الاضحية
بالولد وان كانت وحشية لم تجز لانه يتبعها في الرق والملك وكذا في الاضحية واذا اشتروا
بقرة للاضحية فمات احد السبعة وقالت الورثة وهم كبار اذبحوها عنه وعنكم جاز استحسانا

والقياس

والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية
تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح من الوارث عن الميت كالاعتاق عن الميت واذا لم يجز في نصيبه
لم يجز في نصيب الشركاء وجه الاستحسان ان الورثة يقومون مقام المورث بعد
موته بالقرب المالية صحيح كالتصدق وانما لا يجوز الاعتاق لما فيه من الزام الولاء
على الميت وذا غير موجود في التضحية وانما الشرط ان يكون قصد الكل القربة اتفقت
الجهات او اختلفت بان اراد بعض الشركاء هدي جزاء الصيد او المتعة فانه يجوز عندنا
خلافا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد لان الورثة لما اذنوا صار ذلك قربة لزفر
ايضا لان تضحية المرء عن غيره مشروع بصفة القربة فان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يضحي بكبشين احدهما عن نفسه والاخر عن امته ولو ذبحها الباقون بغير اذن الورثة
لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة لعدم الاذن منهم فلم يقع الكل قربة ضرورة عدم
التجزي وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم لان
ذلك القدر لم يصر قربة لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافي القربة
والاراقة لا تتجزى قربة فيبطل الكل ولو كان فيهم صبي وضحى عنه ابوه او كان
احد الشركاء ام ولد وضحى عنها مولاها جاز لان الصبي اهل للقربة وكذا ام
الولد ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله صلى الله
عليه وسلم كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز
اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا اخر ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث
لان الجهات ثلاثة الاكل والاطعام والادخار اما الاول فلما روينا واما الاطعام
فلقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر اي السائل والمتعرض للسؤال فانقسم
عليها اثلاثا ويتصدق بجلدها لانه جزؤها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت
كالجراب والغربال والنطع لانه يجوز الانتفاع باللحم فكذا بالجلد ولا بأس بان
يشتري ما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا من الجراب والغربال
لانه لو دبغه وانتفع به في بيته جاز وكذا اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته

وللبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والبزر والملح
ونحوها اعتبارا بالبيع بالدراهم لانه تصرف على قصد التمول فيه واللحم بمنزلة الجلد
في الصحيح فاذا باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه
لان معنى التمول سقط عن الاضحية فاذا تمولها بالبيع انتقلت القربة الى بدله فوجب
التصدق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز بيعه لقوله صلى الله عليه وسلم من باع جلد
اضحيته فلا اضحية له قلنا هذا يفيد كراهية البيع اما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم
ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه تصدق
بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع
ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها او يحلب لبنها لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزائها فلا ينبغي ان يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لانه في معنى الرجوع عن
الصدقة بخلاف ما بعد الذبح لان القربة اقيمت بالذبح والانتفاع بعد اقامة القربة
مطلق كالاكل والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح لان الاولى في
القربات ان يتولى بنفسه وان كان لا يحسن فالافضل ان يستعين بغيره ولكن ينبغي
ان يشهدها بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك
فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب ولو امر مسلما كتابيا ان يذبح اضحيته
جاز لانه من اهل الذبح والقربة اقيمت بانابته ونيته ويكره لان هذا من اعمال القربة
وهو ليس من اهلها ولو امر مجوسيا فذبح اضحيته لم يجز لانه ليس من اهل الذكاة
فكان افسادا لا تقربا واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية صاحبه
صح عنهما ولا ضمان عليهما استحسانا والقياس ان يضمن واصله ان من ذبح اضحية
غيره بغير امره لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا تجزيه الاضحية في القياس وهو
قول زفر لانه متعد في ذبح شاة غيره فيكون ضامنا كمن ذبح شاة القصاب والتضحية
لا تتادى الا بنية المضحي ولم يوجد فعل الغير بغير اذنه وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على
الذابح لانه اذا عينها للاضحية فقد صار مستعينا بكل احد في التضحية بها في ايام

لان

لان ذلك يفوت بمضي الوقت وربما يعرض له عارض فيعجز عن اقامتها في ايام النحر
وكان الذابح محققا مقصوده مسقطا مؤنة الذبح فكان آذنا له دلالة والاذن دلالة
كالاذن افصاحا كما في شرب ماء السقاية وذبح شاة شد القصاب رجلها ولئن فاته امر مسنون
وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد عند الذبح فقد حصل له شيء وبان اخرى صيرورته مضحيا
لما عينه لان استبداله بغيرها مكروه ومبادرا الى تضحية ما وجب عليه تضحيته
بعينه في ايامها ومن هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان طبخ لحم غيره او طحن حنطته
او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت يضمن اذا لم يكن باذن المالك ولو
وضع المالك اللحم في القدر ووضع القدر على الكانون ووضع الحطب تحته فجاء
اخر واوقد النار في الحطب فطبخه او جعل المالك الحنطة في الزورق وربط
عليه الدابة فجاء اخر وساقها او حمل المالك حملا على دابته فسقط فجاء اخر وحمله
عليها فعطبت لا يضمن في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت
هذا فنقول اذا غلط فذبح كل واحد منهما اضحية صاحبه جاز عليهما استحسانا
وياخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنها لانه لو اطعم كل واحد منهما صاحبه
يضمن صاحبه قيمة لحمه لان الاضحية لما وقعت لصاحبها كان اللحم له ثم يتصدق
بالقيمة ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرنا ولو غصب شاة فضحى بها ضمن
قيمتها وجاز عن اضحيته عندنا وعند زفر لم يجز عن الاضحية لانه حين ضحى بها لم
يكن مالكها ولنا انه ملكها عند اداء الضمان مستندا الى الغصب السابق
فكانت التضحية واردة على ملكه بخلاف ما اذا اودع شاة فضحى بها لانه يضمنها
بالذبح فلم يثبت الملك الا بعد الذبح فكانت التضحية واردة على ملك الغير

فصل الاصل ان دم الشكر يتادى بالاراقة كالاضحية ودم المتعة
والقران لانها الواجب دون التصدق ولهذا له اكله وان ياكله غنيا ولا يتصدق
بقيمته الا اذا اغتاض بشيء يضمن ويجب التصدق بقيمته لان الشرع ورد
التمول فاذا اغتاض ودم الجبر لا يتادى بالاراقة كدم الحلق والاحصار وجزاء الصيد

ويجب عليه التصدق ولا يحل اكله وان باع لحمها او شيئا منها تصدق بثمنه وان فات لا بصنعه
لا يضمن شيئا ولو وهب لرجل شاة او بدنة بعينها او بعينها للاضحية او للمتعة او جزاء صيد
او احصار او عينها وقلدها للتطوع فللواهب ان يرجع فيها عند ابي حنيفة ومحمد وعن
ابي يوسف في الامالي انه ليس له ان يرجع لانه لما جعلها لله تعالى ابطل ملك نفسه والتحق
بالمسجد والوقف وجه ظاهر الرواية ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وذا
لا يمنع رجوع الواهب كما في الزكاة كذا هذا وكذا لو ذبح الموهوب له شيئا من هذه الدماء
فللواهب ان يرجع فيها عندهما خلافا لابي يوسف لان الذبح نقصان والنقصان لا يمنع
الرجوع واذا رجع لم يبطل ما حصل من القربة لان القربة حصلت بالاراقة ثم ان كان
ذبحها للتطوع او للقران او للمتعة او للاضحية لا يلزمه شيء لان الواجب عليه نفس الاراقة
دون التصدق وقد وجدت ولا يلزمه شيء اخر وان كان لجزاء الصيد او لدم الاحصار
او الحلق يضمن قيمتها لان الواجب ثمة الاسباب الاراقة والتصدق ولو سرق منه
او احترق بنار لا يضمن لانه فات لا بصنعه فلم يوجد سبب الضمان ولو اشترى شاة
او بدنة بنفسه فيمته بعينها وذبحها لشيء مما ذكرنا فلما افرد البايع النقد يجب انفسخ بيعه
في هذه الرواية لان النقد يتعين بالتعيين في هذه الرواية والبايع بالخيار ان شا اخذ
المذبوحة ورد اليه جميع الثمن وتصدق المشتري بالاكثر من الثمن ومن قيمة اللحم كما لو باع
اللحم بثمن ينظر الى الثمن والى قيمة اللحم ايهما كان اكثر تصدق به لو كان جزاء
او الاكل ولو لم يجز البايع البدنة عيبا ما لعضه ولكن المشتري وجد بالمذبوحة
عيبا رجع بنقصانه ولا يرد لان الذبح نقصان وسلم له الا في جزاء الصيد
ان لم يكن القيمة مثلا للصيد الا بصفة السلامة فحينئذ يلزمه التصدق بحصة
العيب حتى يخرج عن ضمان الصيد وان قبلها البايع مذبوحة فله ذلك ورد الثمن
الى المشتري ودفع المشتري حصة العيب منه وسلم ويتصدق بالباقي لان القربة
تادت بما وراء العيب الا في جزاء الصيد فانه اذا لم يكن مثلا للصيد الا بصفة
السلامة عن العيب يلزمه التصدق بجميع الثمن ولو اشتراها شراء فاسدا او ذبحها

لشيء مما ذكرنا فالبايع بالخيار ان شاء اخذ المذبوحة وقيمة نقصان الذبح وان
شا ترك عليه وضمنه جميع القيمة لان الذبح نقصان فاحش وكان استهلاكا
من وجه وان شا مال الى الهلاك وضمنه جميع القيمة وترك اللحم عليه فان اخذ
البايع المذبوح وضمنه النقصان كانت القربة ماضية لان الاراقة حصلت على ملكه
وانما انتقض الملك بالاسترداد فيما بقي لا فيما فات بالاراقة ويتصدق المشتري بقيمة
اللحم اما في الدماء التي يلزمه التصرف فظاهر وكذا في غيرها لانه كان ضامنا قيمتها
للبايع وبدفع المذبوحة استفاد البراءة عن تلك القيمة فكانه اعتاض عن القيمة
وان ضمنه البايع القيمة وترك المذبوح عليه فالقربة تامة لتقرر الملك عليه
ويتصدق باللحم ما كان سبيله التصدق ويأكل فيما كان له ان يأكل ولو كان
شراء جايزا فذبحها لشيء مما قلنا فاستحقت فالمستحق بالخيار ان شا ضمنه القيمة
وان شا اخذ اللحم وضمنه النقصان لما مر في الشرا الفاسد فان ضمنه القيمة جازت
الاراقة عما صنع حلافا لزفر والوجه فيه من الجانبين قد بيناه وان اخذ
المذبوح لم يجز الاراقة عما صنع لانه ظهر ذبح ملك الغير من نقص عليه دين يحيط
بماله ووهب لرجل بدنة وليس له مال غيرها فنحرها الموهوب له لشيء مما ذكرنا
ثم مات الواهب فانه ينقض الهبة لان هبة المريض وصية ولا وصية مع الدين
والغرماء بالخيار ان شاء ضمنوه القيمة وترك المذبوح عليه ولمت القربة
لحصول الاراقة على ملكه وان شا اخذها وضمنه النقصان ويتصدق الموهوب
له بقيمة اللحم لحصول البراءة عن القيمة برد المذبوح وان لم يكن عليه دين فللورثة
ان يضمنوه الثلثين ان شاؤا وجازت القربة وان شاؤا اخذوا ثلثي المذبوح
وضمنوه ثلثي نقصان المذبوح ويتصدق الموهوب له بثلثي قيمة المذبوح
اشترى شاة وعينها للاضحية وجب عليه وان كان معسرا لالتزامه فان تصدق
بها حية لان الاراقة لم تفت قربة لخروج ايامها ولم يكن الذبح الا اذا تصدق وضمن
النقصان وان لم يذبحها حتى جاء العام القابل فذبحها لم يجز عن الزمن لتحول الوجوب

من الاوقاف الى الصدقة

كتاب الكراهية

روى عن محمد ان كل مكروه حرام وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا
وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهذا الكتاب يشتمل على بيان
فصول الفصل الاول في الاكل والشرب قال ابو حنيفة كره لحوم الاتن والبانها
وابوال الابل لان اللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه وقد مر من هذه الجملة في كتاب الصلاه
والذبائح وكره الاكل والشرب والادهان والتطيب في انية الذهب والفضة للرجال
والنساء لقوله صلى الله عليه وسلم في الذي يشرب في انية الذهب والفضة انما يجرجر
في بطنه نار جهنم وعن حذيفة انه نزل عند دهقان بالمدائن فاتاه بشراب في اناء فضة
فلم يقبله وقال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم نزل به في العام الاخر فقدم عنه
اليه شرابا في اناء فضة فكسره حذيفة على راسه والاكل والادهان وكل الاستعمال نظير
الشرب فالحق به ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين وذلك حرام قال
الله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا والمراد بقوله يكره التحريم ويستوي
فيه الرجال والنساء لاطلاق ما ذكرنا وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال
بميل الذهب والفضة وما اشبه ذلك كالمكحلة والمراة والمجمرة وغيرها لما بينا ولا باس
باستعمال انية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره لانه
في معنى الذهب والفضة باعتبار التفاخر بها ولنا ان عادتهم التفاخر بالذهب
والفضة لا بغيرهما ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب في
السرج المفضض والجلوس على السرير المفضض والكرسي المفضض اذا كان يتقي موضع
الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال
ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف فصار عن
محمد روايتان وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب
بهما لا باس بالجلوس عليه عند ابي حنيفة اذا لم يقعد على موضع الذهب والفضة وكذا
الاختلاف اذا جعل ذلك في السيوف او في المساجد او حلية المراة او جعل المصحف

مذهبا

مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا
وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب او فضة على هذا الخلاف وكذا الاختلاف اذا
كان في نصل السكين فضة او في قبضة السيف قال ابو حنيفة ان اخذ الكرسي
موضع الفضة يكره والاقداح وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص
فلا باس به بالاجماع لانه اذا كان بحيث لا يخلص يكون مستهلكا فيصير لونا منفردا
احتج ابو يوسف بعموم ما ورد في النهي ولان من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه
فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان الاستعمال قصدا
للجزء الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع في الاستعمال فلا يبالي به كالجبة المكفوفة
بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص والعمامة المعلمة بالذهب وصار
كمن شرب من كفه وفي اصبعه خاتم فضة ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة
حتى لو اخبر مجوسي او خادم مجوسي فارسله ليشتري له فاشتري لحما وقال اشتريته
من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل
ان كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم والاصل ان خبر الكافر في المعاملات مقبول
بالاجماع لصدوره عن عقل ودين مانع من الكذب ومساس الحاجة الى قبوله
لكثرة المعاملات وكونه من اهل الشهادة في الجملة ويقبل في الهدية والاذن قول
العبد والجارية والصبي لان الهدايا انما تبعث على ايدي هؤلاء عادة فيقبل قولهم
لحرج الناس والعبد يحتاج الى التجارة في الاسواق والامصار البعيدة ولا يمكنه
استحضار الشهود الى تلك المواضع فلو لم يقبل في الاذن يحرج الناس في المعاملة
مع العبيد وفي الجامع الصغير امة قالت لرجل بعثني اليك مولاي هدية يسعه ان
ياخذها لانه لما قبل قولها في اهداء غيرها فكذا يقبل في اهداء نفسها وروي ان عليا
رضي الله عنه قبل منه هدية فقال لها افارغة انت ام مشغولة واخبرت ان لها
زوجا فردها فقبل قولها ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في
الديانات الا العدل والفرق ان المعاملات يكثر وجودها والعدل لا يوجد في كل موضع

ولا الزام فيها فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا حرا كان او عبدا ذكرا كان
او انثى مسلما كان او كافرا دفعا للحرج والضرورة اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب
وقوع المعاملات والخبر يلزم فيها ولا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق
متهم لانه يرتكب الكبائر مجاهرا ان يرتكب الكذب والكافر لا يلتزم الحكم وهو ساع لما
بهدم الدين فليس له ان يلزم المسلم الا في المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام
في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فيقبل قوله ضرورة
ولا يقبل قول المستور في الروايات في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يقبل قوله فيها بناء على جواز القضاء بظاهر العدالة عنده والصحيح ان المستور
كالفاسق لا يكون خبره حجة حتى تظهر عدالته ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين
لان في امور الدين خبر المملوك والمراة كخبر الحر والذكر لانه يلزم نفسه ثم يتعدى منه الى
غيره فلا يكون هذا من باب الولاية على الغير والقبول لرجحان الصدق وبالعدالة يترجح
الصدق ومن المعاملات الوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا والاذن في التجارة
ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم لرجحان
جانب الصدق في خبره لظهور عدالته وان كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان
اكبر رايه انه صادق يتيمم ولم يتوضأ به لان اكبر الراي فيما بني على الاحتياط كاليقين
وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم
لرجحان جانب الكذب بالتحري فان قيل ينبغي ان يتيمم ايضا احتياطا للتعارض بين
خبر الفاسق والتحري كما في سؤر الحمار من التوضي والتيمم لتعارض الادلة قلنا
النص حكم بالتوقف في خبر الفاسق والامر بالتيمم هنا عمل بخبره من وجه فكان خلاف النص
ولما ثبت التوقف في خبره بقي اصل الطهارة للماء فلا حاجة الى ضم التيمم اليه وقيل هذا جواب
الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا فان اخبر بنجاسة الماء ذمي او صبي
لا يعمل بخبره ويتوضأ به لان ما اخبر به لا يلزمهما فيصير غيرهما مقصودا فيصير من باب الالزام
وليس لهما ولاية الالزام ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك حتى اذا تزوج امراة

فاخبر

فاخبره مسلم ثقة رجل او امراة انهما ارتضعا من امراة واحدة فانه لا تثبت الحرمة حتى لا
يجب التفريق لان شهادة الواحد على زوال الملك لا تقبل وقد قامت هذه الشهادة
على زوال الملك والافضل ان يتنزه لان شهادة الواحد حجة في التنزه ولو اشترى
مسلم لحما فاخبره ثقة انه ذبيحة مجوسي لم يسع له ان ياكله لانه اخبر بحرمة العين
وهو امر ديني فتثبت الحرمة بخبر الواحد وبقي العين مملوكة له متقومة لان نقض الملك
فيه لا يجوز بقول الواحد وحرمة الاكل تنفصل عن زوال الملك كالدهن النجس ومن
دعي الى وليمة او طعام فوجد ثم لعبا او غناء فلا باس بان يقعد وياكل قال
ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال صلى الله عليه وسلم
من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم وقال صلى الله عليه وسلم اذا دعي احدكم
فليجب فان كان مفطرا فلياكل وان كان صائما فليدع ولا يتركها لبدعة التي اقترنت
بها الا يرى ان الصلاة على الميت لا تترك وان حضرتها نائحة النساء وكذا
تشييع الجنازة لا يجوز تركه بنياحة اهل البيت وشق جيوبهم فان قدر على المنع منعهم
وان لم يقدر يصبر وهذا اذا كان الغناء واللعب في ذلك المنزل لا على المائدة فان
كان على المائدة فلا ينبغي ان يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين
وهذا اذا كان الرجل خامل الذكر لا من الذين يقتدون فاما اذا كان معظما يشار اليه
فلا يسعه ان يقعد بل يخرج ويعرض عنهم ان لم يقدر على النهي والتغيير لان ذلك شين الدين
وربما يعتقد البعض الحل حين رآه يصنع ذلك من بين يديه فيكون فيه فتح باب المعصية
على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في اول احواله ولم يكن يومئذ مقتدى يشار اليه
وهذا اذا لم يكن يعلم بذلك حتى حضر فاما اذا علم بذلك قبل الحضور فينبغي ان لا يجيب لان
حق الدعوة لم يلزمه هاهنا لانه لم يحضر سنة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه
ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى المعنى بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة
ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون وقال ابن مسعود رضي الله عنه ان صوت اللهو والغناء
ينبت النفاق في القلب كما ينبت النبات بالماء وقال مشايخنا استماع القرآن بالالحان

معصية والتالي والسامع آثمان وروى الصدر الشهيد في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر والله أعلم

الفصل الثاني في اللبس

لا يحل للرجال لبس الحرير والديباج ولو في الحرب ويحل للنساء إلا قدر أربع أصابع وقال بعض الناس يحل للرجال أيضا لأنه صلى الله عليه وسلم صلى وعليه فروج من حرير وفي حديث مخرمة أنه صلى الله عليه وسلم خرج إليه وعليه قباء من ديباج ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روى المخالف منسوخ بما روينا وقال بعض الفقهاء هو حرام عليهن لعموم النهي واحتج أصحابنا بحديث علي وأبي موسى وعبد الله ابن عمر وعقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور أمتي حل لإناثهم إلا أن القليل عفو وهو قدر أربع أصابع كالأعلام والكفوف بالحرير لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة يريد الأعلام وعنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير ومن الناس من حرم ذلك للعموم الوارد وهو النهي ولا بأس بلبس الديباج والحرير في الحرب عندهما لأن الحاجة ماسة إليه فإنه يرد الحديد بقوته ويكون رعبا في قلوب الأعداء لكونه أهيب في أعينهم ببريقه ولمعانه وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب وقال أبو حنيفة يكره لأنه لا فصل فيما روينا من النهي والمحرم لا يحل إلا عند الضرورة وقد اندفعت الضرورة بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غيره فإن تحصل الخالص أدفع لمعرة السلاح فليلبس المخلوط له فوق الثياب فاستويا فوجب أن يجري بالأدنى عن الأعلى في باب التحريم والمروي محمول على المخلوط وحل توسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقال أبو بكر ذكر القدوري والقاضي وأبو عاصم قول أبي يوسف مع محمد والفقيه أبو الليث مع أبي حنيفة وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب لهما ما روي من عموم النهي وقال سعد بن أبي وقاص لأن أتكئ على جمر الغضا أحب إلي من أن أتكئ على مرافق

وعن علي رضي الله عنه أنه أتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة ولأن التنعم بالتوسد والافتراش مثل اللبس وهو عادة الأكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه إياكم وزي الأعاجم وله ما روي أنه صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان على بساطه مرفقة حرير وعن أنس رضي الله عنه أنه جلس على مرفقة حرير وكذا عن الحسن ولأنا أجمعنا على أن القليل من الملبوس حلال وهو الأعلام وكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع أنه نموذج لنعيم الآخرة ترغيبا فيما هو في الآخرة لا مقصودا فإن قيل الجلوس على كرسي الفضة لا يحل ولا يحل افتراشه وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم قلنا إنما أطلقنا القليل إلا ليكون نموذجا فإذا انقلب مقصودا بقي حراما كالخمر وهذا لأن الحرير لباس أهل الجنة قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير فوجب إطلاق القليل منه وهو العلم والقليل رتبة وهو الافتراش ليكون نموذجا إلى ذلك اللبس الكامل فأما الفضة فلا يكون لباسا في الدار الآخرة وإنما يكون منها الكرسي ونحوها فلو أطلقنا الصار عينها مطلقا وعين الشيء لا يصلح نموذجا وحل لبس ما سداه حرير ولحمته قطن أو خز في الحرب وغيره لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولأنه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى يضاف كونه ثوبا إلى آخر الأمرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الإباحة والتحريم قال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القطن بأسا لأن الثوب إذا كان بين الثوبين فهو ملبوس ولبس الحرير لا يجوز للرجال فأما الحشو فليس بملبوس فلا يكره وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير كالقطن لا بأس به في الحرب لدفع مضرة دفع السلاح ويكره في غيره لأن الاعتبار للحمة ولا ضرورة ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة وقد كان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقش خاتمه محمد رسول الله وقال بعض الناس لا بأس بالتختم بالذهب لما روى البراء بن عازب أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لي البس ما كساك الله ورسوله صلى الله عليه وسلم

ولان النهي عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التحلي بالفضة لعلبه ولكنه نموذجا وحمل كالعلم في الثوب وكذا في الاحر ولنا ما روي عن علي وابن مسعود وابي هريرة رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان الاصل هو التحريم والاباحة للتختم والنموذج وقد زالت بالفضة لانهما من جنس واحد فبقي الذهب على حكم التحريم وما رواه منسوخ او ناويله ان يكون فضة مركب بالذهب او يكون منه ذهبا واما العبرة بالحلقة فانها تكون الفضة في الحكم والتربعة وقيام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه لانه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك بخلاف النساء حيث يجوز لهن جعل الفص الى ظهر الكف لان التزين لهن مباح وفي الجامع الصغير لا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر واليشب والحديد والصفر حرام وراى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك ريح الاصنام فامر فرمى به وعن ابن عمر ان رجلا جلس الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فاعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال النبي صلى الله عليه وسلم هذا شر منه هذا حلية اهل النار ومن الناس من اطلق اليشب واليه مال شمس الائمة السرخسي فانه قال والاصح انه لا باس به كالعقيق فانه صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر ولنا انه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو منصوص معلول بالنص واما التختم للقاضي والسلطان لحاجتهما الى التختم فاما غيرهما فالافضل تركه لعدم الحاجة اليه ولا باس بسد الذهب بحلق في حجر العصا اي في ثقبه لانه متعيب فيجعل تبعا للفضة كالعلم في الثوب ومن يحل اسنانه يشدها بالفضة لا بالذهب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف احتج محمد بما روي عن عرفجة ابن اسعد انه اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من ورق فانتن فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب ولان الذهب والفضة استويا في حرمة الاستعمال فاذا حل التضبيب بالفضة وجب ان يحل بالذهب ولابي حنيفة ان استعمال الذهب والفضة حرام الا عند الضرورة وقد زالت بالادنى وهو الفضة فلم يحل ما الاعلى فيه وانما

الحديث فذلك على الانف ومثله الانف على الانعاق اذا انتن او خيف ذلك ولا يخلو الفضة عن ذلك فاما تضبيب الاسنان فحال عن هذا القدر وما قاله في القياس بسطل بالتختم فانه يحل التختم بالفضة للرجال دون الذهب ويكره الباس الذهب والحرير للذكور من الصبيان لان النص جعل لبسهما حراما على الذكور وكان الالباس حراما كشرب الخمر لما كان حراما كان سقيها الصبي حراما ولا باس بخرقة يحمل لمسح العرق والمخاط وفي الجامع الصغير يكره الخرقة التي يحمل ليمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزي الاعاجم ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتد ذلك ولا احد من الصحابة والتابعين وانما يتمسحون باطراف ارديتهم والصحيح انه لا يكره لان المسلمين قد استعملوه في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لدفع الاذى وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث انه صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه في الخرقة في بعض الاوقات وحاصله ان من فعل شيئا من ذلك تكبرا فهو مكروه ومن فعل ذلك لحاجة ضرورية لا يكره ونظيره التربع والاتكاء فان فعله تكبرا ونحوه يكره وان فعله لحاجة ضرورية لا يكره ولا باس بان يربط في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى الرتم ومن عادة العرب قال لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعض اصحابه بذلك ولانه لو كره فانما يكره لكونه عبثا وقد تعلق به غرض صحيح وهو التذكر عند النسيان فلا يكون عبثا والله اعلم

الفصل الثالث في النظر والمس والوطي

اعلم ان مسايل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى الرجل والمراة الى المراة والمراة الى الرجل والرجل الى المراة فاربعة فصول نظر الرجل الى زوجته ومملوكته والى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرة الاجنبية فبدا بالي بالفصل الاخير قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الحرة الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم اي موضعهما وهو الوجه والكف وكذا المراد بالزينة المذكورة موضعها اطلاقا لاسم الحال على

فيهما ولأنها تحتاج إلى إبداء وجهها في المعاملة مع الرجال وإلى إبداء كفها في الأخذ
والعطاء ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر
إلى قدميها وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يباح النظر إلى قدميها إذا مشت حافية أو متنعلة
وربما لا تجد الخف في كل وقت وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعيها أيضا لأنها في الخبز
والطبخ وغسل الثياب تضطر إلى إبداء ذراعيها وهذا إذا لم يكن النظر عن شهوة فإن كان
يعلم أنه لو نظر اشتهى لم يحل له النظر إلى شيء منها لقوله صلى الله عليه وسلم من نظر إلى محاسن
أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة وكذا لا يباح له النظر إذا شك في
الاشتهاء أو كان أكبر رأيه ذلك احتياطا ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفيها
وإن كان يأمن الشهوة لقوله صلى الله عليه وسلم من مس كف امرأة ليس منها بسبيل
وضع في كفه جمرة يوم القيامة حتى يفصل بين الخلائق ولأن حكم المس أغلظ حتى يفسد
الصوم بالمس عن شهوة إذا اتصل به الإنزال ولا يفسد بالنظر فالرخصة في النظر
لا يكون دليل الرخصة في المس مع أن البلوى في المس أقل من النظر وهذا إذا
كانت شابة تشتهى فإن كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لأن
الحرمة لخوف الفتنة وهو معدوم وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان في خلافته
يخرج إلى بعض القبائل الذي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز ولما مرض ابن
الزبير بمكة استأجر عجوزا لتمرضه فكانت تغمز رجله وتفلي رأسه وكذا إذا كان
شيخا يأمن على نفسه وعليها فلا بأس بأن يصافحها فإن كان لا يأمن عليها أن تشتهي
لم يحل له أن يصافحها لأن فيه تعريضا للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها
والنظر إليها لأنه ليس لبدنها حكم العورة ولا في النظر والمس خوف الفتنة ويجوز
للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أن يشهد عليها النظر إلى وجهها
وإن خاف أن يشتهي لأنه لا يجد بدا من النظر في هذا الموضع لأنه يحتاج إلى إحياء حقوق
بالقضاء وأداء الشهادة والضرورات تبيح المحظورات ولكن عند النظر ينبغي أن يقصد به
أداء الشهادة أو الحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة لأنه إذا لم يمكنه التحرز فعلا فقد

التحرز

التحرز نية فصار بمثله التحرز بتصحيح المعاني واختلفوا فيما إذا دعي إلى تحمل الشهادة
لا قضاء الشهوة ألا ترى أن شهود الزنا لهم أن ينظروا إلى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة
والأصح أنه لا يحل له ذلك لأنه لا ضرورة عند التحمل فقد يوجد من لا يشتهي
لتحمل الشهادة بخلاف حالة الأداء فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل وهو متعين لأدائها وكذا
إذا أراد أن يتزوجها فلا بأس بأن ينظر إليها وإن كان يعلم أنه يشتهيها لما روي أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال للمغيرة إذا أردت أن تتزوج امرأة فأبصرها فإنه أحرى أن
يؤدم بينكما وكان محمد بن مسلمة يطالع بثينة تحت إجارها فقيل له أتفعل ذلك وأنت
صاحب رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا ألقى الله تعالى
خطبة امرأة في قلب رجل أحل له النظر إليها ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة
فيعتبر ما هو المقصود لا ما يكون تبعا ويجوز للطبيب أن ينظر موضع المرض منها للضرورة
وينبغي أن تعلم امرأة مداواتها لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف ألا ترى أن المرأة تغسل
المرأة بعد موتها دون الرجل فإن لم يجدوا امرأة تداوي تلك المرأة ولم يقدروا على امرأة
تعلم ذلك إذا علمت وخافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع لا تحتمل فلا بأس بأن يستر
منها كل شيء سوى موضع المرض ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك
الموضع لأن نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ وكان المعتبر تحقق الضرورة وذلك بخوف
الهلاك عليها وعند ذلك لا يباح إلا بقدر ما ترتفع به الضرورة وصار كنظر الخافضة
والختان وكذا ينظر الرجل إلى موضع الاحتقان من الرجل عند الحاجة إليه ويجوز الاحتقان
للمرض وكذا للهزال الفاحش إذا قيل له إن الحقنة تزيل ما بك من الهزال فلا بأس
بأن يبدي ذلك الموضع للمحتقن على ما روي عن أبي يوسف وهذا صحيح لأن الهزال الفاحش
نوع من مرض يكون آخره الدق والسل وأما نظر الرجل إلى الرجل فإنه يجوز أن ينظر الرجل
إلى كل بدن الرجل إلا إلى ما بين سرته إلى ركبته لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته وفي رواية ما دون
سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين أن السرة ليست من العورة بخلاف ما يقوله أبو عصمة

ابن سعد بن معاذ المروزي قال الشافعي انها عورة لانها محل الاشتهاء ولنا ما روي عن عمر
رضي الله عنهما انه كان اذا ابتزر ابدى سرته والتعامل الظاهر فان الناس يتهم اذا استتروا
في الحمامات ابدوا عن السرة بلا نكير دليل على انها ليست بعورة والركبة عورة خلافا
للشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم الركبة من العورة ولان الركبة ملتقى عظم الساق
والفخذ وعظم الفخذ عورة وعظم الساق ليس بعورة فقد اجتمع في الركبة المعنى الموجب
لكونها عورة وكونها غير عورة فيترجح الموجب لكونها عورة احتياطا ترجيحا للمحرم والفخذ
عورة خلافا لاصحاب الظواهر فانهم يقولون العورة من الرجل موضع السوءة فاما الفخذ
فليس بعورة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في حائط رجل من الانصار قد دلى
ركبتيه في ركيته وهو مكشوف الفخذ اذ دخل ابو بكر فلم يتحرج ثم دخل عمر فلم يتحرج
ثم دخل عثمان فتحرج وغطى فخذه فقيل له في ذلك فقال الا استحي ممن تستحي منه
الملائكة فلو كان الفخذ من العورة لما كشفها بين يدي ابو بكر وعمر ولنا ما روينا
وروي انه صلى الله عليه وسلم قال لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة وما دون
السرة الى منبت الشعر عورة في ظاهر الرواية وكان ابو بكر محمد بن الفضل يقول ما دون السرة الى
موضع نبات الشعر ليس من العورة لتعامل العمال في الابداء عن ذلك الموضع وفي النزوع عن
العادة الظاهرة حرج قلنا التعامل بخلاف النص لا يعتبر فيما لا نص فيه ثم حكم العورة
في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان من راى غيره مكشوف
الركبة ينكر عليه برفق ولا ينازعه ان لج وان راه مكشوف الفخذ ينكر عليه بعنف ولا
يضربه ان لج وان راه مكشوف السوءة امره بستر العورة وادبه على ذلك ان لج وما
يباح النظر اليه من الرجل يباح المس لان ما ليس بعورة يجوز مسه كما يجوز النظر اليه
واما نظر المراة الى الرجل فهو كنظر الرجل الى الرجل لان السرة وما فوقها وما تحت الركبة
ليس بعورة من الرجل وما لا يكون عورة فالنظر اليه مباح للرجال والنساء كالثياب
والدواب ونحوهما واشار في كتاب الخنثى الى ان نظر المراة الى الرجل كنظر الرجل الى
ذوات محارمه حتى لا يباح لها ان تنظر الى ظهره وبطنه لان حكم النظر عند اتحاد الجنس

ابذا

وهذا اذا امنت الشهوة فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت في
ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر
وهذا تنصيص على التحريم والفرق ان الشهوة غالبة عليهن والغالب كالمحقق في الاحكام فاذا
اشتهى الرجل تحققت الشهوة من الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة
في جانبه حقيقة واعتبارا لانها لا تغلب على الرجال فكانت الشهوة من جانب واحد والشهوة
من الجانبين افضى الى المحرم فافترقا واما نظر المراة الى المراة فهو كنظر الرجل الى الرجل ايضا
باعتبار المجانسة وعدم الشهوة غالبا وقد تحققت الضرورة الى الانكشاف فيما بينهن
الا ترى ان المراة تغسل المراة بعد موتها كما يغسل الرجل الرجل وعن ابي حنيفة ان نظر
المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها لانه
صلى الله عليه وسلم نهى النساء عن دخول الحمامات بمئزر وغير مئزر والاول اصح
لان المراد به الامر بمنع النساء عن الخروج والقرار في البيوت وبه نقول والعرف الظاهر
في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء والتمكين من الدخول فيها دليل على صحة ما قلنا وحاجة
النساء الى دخول الحمامات فوق دخول الرجال لان المقصود تحصيل الزينة وازالة الدرن
عن البدن وهن الى دخولهن احوج فالرجل يتمكن من الاغتسال في الانهار والحياض وهي لا تتمكن منه
وينظر الرجل الى فرج امته وزوجته وسائر اعضائها عن شهوة وعن غير شهوة لحديث ابي هريرة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال غض بصرك الا عن زوجتك وامتك وقالت عائشة
رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد وكنت اقول بق لي بق لي
وهو يقول بق لي ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان
ما فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد
منهما الى عورة صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا
يتجردان تجرد العير ولان النظر الى العورة يورث النسيان قال علي رضي الله عنه
من اكثر النظر الى سوأته عوقب بالنسيان وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون
ابلغ في تحصيل معنى اللذة واما نظره الى ذوات محارمه فانه ينظر الى وجهها وراسها

بيوا

وصدرها وساقيها وعضدها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله
تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية ولم يرد عين الزينة لان النظر الى نفس الزينة
مباح مطلقا ولكن المراد مواضع الزينة وهي الراس فهو موضع التاج والشعر وهو موضع العقاص
والوجه وهو موضع الكحل والعنق والصدر وهما موضعا القلادة من وترسل الى الصدر
والاذن وهو موضع القرط والعضد وهو موضع الدملوج والساعد وهو موضع السوار
والكف وهو موضع الخاتم والساق وهو موضع الخلخال والقدم وهو موضع الخضاب بخلاف
الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة لان البعض يدخل على البعض بلا استيذان
واحتشام والمرأة تكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة ولا تكون متسترة فلو امرناها بالستر
من ذوي محارمها لافضى الى الحرج ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة بخلاف ما وراها
لانها لا تنكشف عادة وذو المحرم من لا يحل له مناكحتها على التابيد بنسب او بسبب كرضاع او
مصاهرة لشمول الحرج وقلة الرغبة في الكل فان ثبت حرمة المصاهرة بالزنا فقد لا يبيح
المس والنظر لانه قد ظهر خيانته مرة فلا يؤمن ثانيا والاصح ان تثبت حرمة المصاهرة
بالسفاح كثبوتها بالنكاح لتحقق الحرمة على التابيد وكما يباح النظر الى هذه المواضع يباح
المس لما روي انه صلى الله عليه وسلم كان يقبل راس فاطمة ويقول اجد منها ريح الجنة
وكان اذا قدم من سفر بدأ بها فعانقها وقبل راسها وقال صلى الله عليه وسلم من قبل
رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا
يباح المس وان ابيح النظر لتكامل الشهوة وانما يباح المس والنظر اذا امن الشهوة
على نفسه وعليها فاما اذا كان يخاف الشهوة على نفسه او عليها فلا يحل له ذلك
لان المس عن شهوة والنظر عن شهوة نوع زنا قال صلى الله عليه وسلم العينان
تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما
المشي والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه والزنا حرام بجميع انواعه وبذوات المحارم اغلظ
فليجتنب ذلك ويحل له ان يخلو ويسافر بهن لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخلون
رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان معناه ليس محرم لها فدل

انه يباح له ان يخلو بها وان تخادمه وقال صلى الله عليه وسلم لا تسافر المرأة فوق
ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها فدل انه لا بأس بان يسافر
مع المحرم فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها
ويأخذ ظهرها وبطنها اذا امن الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا
او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان
لم يمكنها تتكلف بالثياب لئلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة
عن نفسه بقدر الامكان واما النظر الى امة الغير فهو كالنظر الى ذوات محارمه
وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى امة متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها كما في ذوات المحارم وكان محمد بن مقاتل
الرازي يقول لا ينظر الى ما بين سرتها الى ركبتيها ولا بأس بالنظر الى ما وراء ذلك لما روي عن ابن
عباس رضي الله عنهما في حديث طويل ومن اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا الى موضع
المئزر ولنا انه لا ضرورة في الظهر والبطن كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة في
المحارم وكمال الشهوة في الاماء والمدبرة والمكاتبة وام الولد كالامة لوجود الحاجة وقيام
الرق فيهن والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة لما عرف وتحل الخلوة والمسافرة بها كما في
ذوات المحارم وعند بعض مشايخنا لا يحل له ان يعالجها في الاركاب والانزال لان معنى البلوى
وان عدم بالستر معنى الشهوة باق والاصح انه لا بأس بذلك اذا امن الشهوة على نفسه وعليها
لان المولى قد يبعثها في حاجة من بلد الى بلد ولا تجد محرما ليسافر معها وهي تحتاج الى الاعانة
في ركوبها ونزولها الا ترى ان امة المرأة قد تغمز رجل زوجها وتخلو به ولا يمنع احد من ذلك
وكل ما يباح النظر اليه منها يباح مسه منها اذا امن الشهوة على نفسه وعليها كذا في المبسوط
وذكر في المختصر ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهي وذكر في الجامع
الصغير رجل يريد يشتري جارية فلا بأس بان يمس ساقها وصدرها وذراعها وينظر الى ذلك
كله مكشوفا والحاصل انه يباح النظر في هذه الحالة الى شعرها وصدرها وساقيها وان اشتهى
للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لان اباحة النظر للعلم بقدر المالية

ومقدار ما اليه رخص معلوما بالنظر بدون المس وفي غير حالة الشرى يباح النظر والمس بشرط
عدم الشهوة واذا بلغت الامة لم تعرض في ازار واحد والمراد بالازار الذي يستر ما بين السرة
والركبة وقال محمد وكذلك اذا بلغت مبلغا تجامع وتشتهي لان ظهرها وبطنها عورة والمشتهاة
كالبالغة فلا تعرض في ازار واحد والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها
الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولان الخصي في الاحكام مثل الشهادات كالفحل
وقطع تلك الالة منه كقطع عضو اخر ومعنى العنة لا تفتر فالخصي قد يجامع وقيل
هو اشد الناس جماعا لان الته لا تفتر وكذلك المجبوب لانه يسحق وينزل فان كان مجبوبا
وقد جف ماؤه فقد رخص بعض مشايخنا في حقه الاختلاط بالنساء لوقوع الامن من الفتنة
وقد قال الله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال قيل هو المجبوب الذي جف
ماؤه والاصح انه لا يحل له ذلك لعموم النصوص وكذلك المخنث في الردي من الافعال لانه كغيره
من الرجال بل هو من الفساق ويبعد عن النساء فاما اذا كان في اعضائه لين وفي لسانه
تكسر ولا يشتهي النساء ولا يكون مخنثا في الردي من الافعال فقد رخص بعض مشايخنا
في تركه مع النساء وهو احد تاويل قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة وقيل
المراد به الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء وانما همته بطنه والاصح ان يقول انه من
المتشابه وقوله قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم محكم فناخذ بالمحكم ونقول كل من كان من
الرجال فلا يحل لها ان تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها
الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا باس بذلك لقوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات
النساء والعبد فيما ينظر الى سيدته كالحر الاجنبي ومعناه انه لا يحل له ان ينظر الا الى
وجهها وكفيها عندنا وقال مالك هو في نظره اليها كالرجل الى ذوات محارمه
لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولا يجوز ان يحمل على الاماء لانهن دخلن في قوله
او نسائهن والاية لا تشكل ان للامة ان تنظر الى سيدتها كالاجنبيات ولان بينهما
سببا محرما للنكاح فكان بمنزلة المحرم واباحة النظر تثبت لحاجة الدخول من غير استيذان
واحتيجنا مر وهذا متحقق فيما بين العبد وسيدته ولنا انه ليس بينهما زوجية ومحرمية

وحرمة المناكحة على شرف الزوال وكانت في حقه كمنكوحة الغير وهذا لان الحرمة المؤبدة تقلل
الشهوة فاما الملك فلا تقلل الشهوة بل يحملها على رفع الاحتشام والبلوى غير متحققة لان
العبد للاستخدام خارج البيت لا داخل البيت فقد فصل من عبيد الخدمة داخل البيت
فهو كالخصيان والمراد بالنص الاماء قال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير لا تغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ومرادهما قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن
والموضع اشكال لان حال الامة تعرف من حال الرجال حين تبين بعد ما حرم فاستشكل هل يباح
لها التكشف بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ
يتناول الحرائر دون الاماء ويعزل عن امته بغير اذنها لانه صلى الله عليه وسلم قال لمولى
امة اعزل عنها ان شئت ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لنهيه صلى الله عليه وسلم
عن العزل عن الحرة الا باذنها ولانه يخل بلذة الوقاع للموطوءة وهما حقان في استحقاقهما
فللحرة حق فيه حتى تخير في الجب والعنة لا للامة فلهذا لا ينقص حق الحرة الا باذنها وينفرد
به السيد ولو كانت الامة منكوحة فقد ذكرناه في النكاح

الفصل الرابع في الاستبراء وغيره

ومن اشترى امة فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا
يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل في وجوب الاستبراء قوله
صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى
حتى يستبرئن بحيضة والحديث وان ورد في المسبية لكن السبب حدوث الملك
واليد لانه الموجود في المنصوص عليه وهذا لان الاستبراء حقيقة التعرف عن براءة
الرحم لئلا يختلط ماؤه بماء الغير اذ لو وطئها فيحتمل ان تعلق برحمها فتاتي بولد
فلا يدري بانه منه او من غيره فوجب التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه عن الاختلاط
والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك لانه عند الاشتباه لا يدعي الولد فيهلك
لعدم من يقوم بتربيته وشرطه توهم شغل الرحم او حقيقة الشغل لان الصيانة
انما تجب في مثل هذا الموضع وتوهم الشغل من غير الوطئ انما يثبت بتقدم ملك الغير في المحل
وانما تجب على المشتري لا على البائع كما قال مالك لان العلة الحقيقية ارادة الوطئ فانه اذا

اراد الوطي وذا لا يحل الا في محل فارغ يجب عليه التعرف عن براءة الرحم لئلا يصير ساقيا
ماءه زرع غيره والمشتري هو الذي يريد دون البائع فيجب عليه عند ارادة الوطي
لا يوقف عليها فاقيم التمكن من الوطي مقام ارادة الوطي وذا انما يتحقق بالملك واليد
اذ بالملك يطلق له الفعل وباليد يقدر على الوطي فادير الحكم عليه تيسيرا ويتعدى
الحكم الى سائر اسباب الملك كالشرى وان كان من عبده الماذون المديون عند ابي حنيفة
لانه لم يكن مالكا لها عنده وعندهما ان حاضت عند الماذون بعد قبضه جاز للمولى
ان يطأها لانه ملك كسبه فصار قبضه كقبض المولى والهبة والصدقة والارث
والخلع والكتابة بان كاتب عبده على امة والرجوع بالجناية وكذا يجب اذا اشتراها من امرأة
او صبي بان باعها ابوه او مملوك او ممن لا يحل له وطيها لمحرمية او رضاع او اشتراها
وهي بكر لوجود العلة الموجبة والشرط وعن ابي يوسف انه اذا تيقن بفراغ رحمها
من ماء البائع فليس عليه الاستبراء لانه تيقن فراغ رحمها وهو حاصل في هذه الصورة كما
في المطلقة قبل الدخول لا يجب العدة لهذا ولنا ان هذه حكمة الاستبراء والحكم متعلق
بالعلة لا بالحكمة ليكون تيسيرا للامر على الناس فان قيل لا بد من توهم الشغل قلنا
توهم الشغل ثابت اذ المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره وكذا في البكر التوهم
ثابت لان الشغل يتصور بدون زوال العذرة ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها
لان الواجب عليها الحيضة وهي اسم للكاملة وعن ابي يوسف انها تجزئ بهذه الحيضة
قلنا ان يطأها لتيقن فراغ رحمها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشرى او غيره من اسباب الملك
قبل القبض خلافا لابي يوسف لانه تيقن فراغ رحمها بحصول حيضة وحدث في يد البائع ولنا
انها وجدت قبل علته اذ هي حصول الملك واليد فلا تعتبر ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل
القبض ولا بالحيضة التي توجد قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا
بالحاصل بعد القبض في الشرى الفاسد قبل ان يشتريها شرى صحيحا وجب في امة للمشتري فيها
شقص فملك الباقي بوجه من الوجوه لان حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة يكون بعد ملكه
جميع رقبتها وملك بعض الرقبة لم يثبت له بعض العلة وثبوت الحكم بعد كمال العلة وان اسرها

وهي مجوسية فحاضت بعد القبض ثم اسلمت او اشتراها فكاتبها قبل الاستبراء ثم حاضت
في حال كتابتها ثم عجزت تجتزئ بتلك الحيضة لوجودها بعد تمام السبب المبيح من الوطي
وهو التمجس او الكتابة تمنع الاعتداد بالاستبراء كما لو اشتراها محرمة فحاضت في حال احرامها
بخلاف ما لو اشترى مكاتبة اخيه ثم عجز عند ابي حنيفة واذا رجعت الآبقة او ردت
المغصوبة او المؤجرة عند انقضاء المدة او فكت الموهونة او رهنته امة فليس عليه
ان يستبرئها احتياطا كالرفق في الزنا لعدم سببه وهو حدوث ملك اليد والرقبة ولا
يقال هذا استدلال بعدم الحكم بعدم العلة وهو فاسد لان السبب متعين فيه فيدار الحكم
عليه وجودا وعدما وانما فسد ان لو لم يتعين وصار هذا كتعليل محمد في ولد الغصب
ولو اقال البيع قبل قبضها فعلى البائع الاستبراء قياسا وهو قول ابي حنيفة الاول
لانه زال البيع عن ملكه والآن ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لانه فسخ من الاصل
فصار كان لم يكن ولو حاضت عند المشتري ثم ردها بالعيب لم يقربها البائع حتى تحيض
بخلاف ما لو كانت ثم عجزت واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي عندنا
لافضائها اليه وقال بعض الفقهاء لا يحرم لان النص ورد في الوطي وهو معلول
لخوف الخلط بماء غيره وسقي زرع غيره بمائه وذلك معدوم في الدواعي فلم يتعد التحريم اليه
ولان الدواعي لا تحرم في المسبية وهو المنصوص والاصل في الباب وهذا فرعه فما تخالف
فيخالف الفرع اصله ولنا ان الدواعي في معنى الوطي فوجب الحاقها به كما في الظهار
وهذا لان الوطي انما حرم لاحتمال الوقوع في غير الملك بان تكون قد حبلت من
المالك الاول فيتبين انه صار ساقيا زرع غيره لانه تبين انه وطي ام ولد غيره وهذا
المعنى في الدواعي موجود لانها ان كانت حاملا من المالك فادعى الولد فصارت
ام ولده فيظهر ان الدواعي حصلت في ملك غيره وذلك حرام بخلاف الحائض حيث لا
تحرم الدواعي ثم لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولان الدواعي ثم لا توقعه في ارتكاب
الحرام لنفرة الطبع عنها بسبب الاذى والدواعي هنا توقعه في ارتكاب الحرام
وهو الوطي لوفور رغبته فيها ما لم يحصل مقصوده منها ولا تحرم في المسبية وعن محمد انه يحل

الدواعي لانها لا تحتمل الوقوع في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعواه الحبل والاستبراء
في الحامل بوضع الحمل فلان يعصى بها بمثله الاستبراء اولى وان كانت الجاريه لا تحيض من صغر
او كبر فاستبراؤها بشهر لان الشهر قائم مقام الحيضه في العده فكذا في الاستبراء وان حاضت
في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لان القدره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
يبطل حكم البدل كالمعتده بالاشهر اذا حاضت وان ارتفع حيضها بان صارت ممتده الطهر
وهي ممن تحيض تركها حتى اذا استبان انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الروايه
الا ان مشايخنا قالوا يتبين ذلك بشهرين او ثلاثه اشهر وكان محمد يقول يستبريها باربعه
اشهر وعشره ايام اعتبارا بالزمن العده وهي عده الوفاه في الحره ثم رجع وقال
يستبريها بشهرين وخمسه ايام والفتوى عليه لانه مدى صلحت هذه للتعرف عن شغل
بنوهم بالنكاح في الاما فلان تصلح للتعرف عن شغل بنوهم بملك اليمين وهو دونه
اولى وعن زفر يستبريها بحولين وهو روايه عن ابي حنيفه لانه اكثر مده بقي في البطن
وقال ابو يوسف يستبريها بتسعه اشهر مده الحمل في النساء عاده وعن ابي يوسف
انه قدره بثلثه اشهر ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف لانه يمتنع
من الزام حكم مخافه ان لا يتمكن من الوفا به اذا لزمه وقال محمد يكره لان الفرار من الاحكام
الشرعيه ليس من اخلاق المومنين فيكره له الاكتساب بسبب الفرار وهو نظير الشفعه
وقد مرت والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البايع لم يقربها في طهرها ذلك
وقول محمد فيما اذا قربها والحيله ان لم يكن تحت المشتري حره ان يتزوجها قبل الشرى
ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبرا لان النكاح يثبت له عليها الفراش وانما استبراها
وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير الحلال له
لم يتجدد بملك الرقبه لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك ولو كانت تحته حره فالحيله
ان يزوجها البايع قبل الشرى او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها
او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو حدوث الملك الموكد بالقبض
اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وبعد ما طلقها وان زال الفراش ولكن الحل لا

بثبت

يثبت بزوال الفراش بل بالسبب السابق والمعتبر اوان وجود السبب لان الاستبراء لا يجب في
حال دوام الحل كما اذا كانت معتده الغير ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر
الى فرجها بشهوه حتى يكفر لان الحرمه قبل التكفير انما تثبت للتشبيه بالام فانما ثبت عنه الوجه
الذي ثبت في الام ثم التقبيل والمس حرام في الام فكذا في من يشبهها بالام ولان الاصل
حرمه الدواعي عند حرمه الوطي لانها تفضي اليه وسبب الحرام حرام كما في الاعتكاف
والاحرام بخلاف حاله الحيض والصوم حيث لا يحرم الدواعي فيهما لانا تركنا هذا
الاصل فيهما بالنص فقد روي انه صلى الله عليه وسلم كان يقبل بعض نسائه وهو صايم
ويعانق نساه وهن حيض قالت ام سلمه كنت في فراش النبي صلى الله عليه وسلم
فحضت فانسللت من الفراش فقال ما لك انفست قلت نعم قال اتزري وعودي
الى مضجعك ففعلت فعانقني طول الليل ولان الحيض يتكرر في كل شهر وقد يبلغ ثلث
عمرها والصوم فرض يمتد شهرا ونفله يمتد اكثر العمر فتحريم الدواعي فيهما يفضي الى الحرج
لانهم يعجزون عن الامتناع عن الدواعي اما الظهار فانه يكون في وقت وكذا الاحرام
يكون في وقت خاص وكذا الاعتكاف فلو حرمنا الدواعي لم يقعوا في الحرج ومن له
امتان اختان فقبلهما بشهوه لا يقرب واحده منهما ولا يلمسها بشهوه ولا ينظر الى فرجها
بشهوه حتى يحرم فرج الاخرى بملك او نكاح او عتق والاصل ان الجمع بين الاختين
لا يجوز وطيا وعقدا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع
بينهما عقدا ووطيا لانه معطوف على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم المراد من المعطوف
هنا تحقيقا لقضيه العطف وعن علي رضي الله عنه انه سيل عن تحريم الجمع بين الاختين
وطيا فقال احلتهما ايه اي قوله تعالى وما ملكت ايمانكم وحرمتهما ايه اي قوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين فالتحريم اولى وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق
النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزله الوطي على ما بينا فاذا قبلهما فكانه وطيهما
ولو وطيهما فليس له ان يطا احدهما ولا ان ياتي بالدواعي فيها فكذا اذا قبلهما وكذا اذا
مسهما بشهوه او نظر الى فرجها بشهوه لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح

او بعضها لانه لم يبق جامعًا لما حرم فرجها والمراد بقوله الملك وهو ينتاول بما بيه وجوه التمليك ببيع او هبة وغيرها وتمليك البعض كتمليك الكل وكذا اعتاقه كاعتاق الكل لان الوطي يحرم بهذا كما بالكل والكتابة كالاعتاق لثبوت حرمة الوطي بها حتى لو وطيها يغرم العقر لها وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى لانها لا يخرج بها عن ملكه وبقوله او نكاح النكاح الصحيح حتى لو زوج احداهما نكاحًا فاسدًا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لان العدة يحب عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم على المولى فيحل له ان يطا اختها ولو وطي احداهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعًا لو وطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحًا بان كانت احداهما عمة الاخرى او خالتها بمنزلة الاختين فيما ذكرنا ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لان النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرًا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر فقال لا ادري بماذا اسر بفتح خيبر ام بقدوم جعفر وعانق زيد بن حارثة وكان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك وكان الاعراب يقبلون اطراف النبي صلى الله عليه وسلم ولهما حديث انس بن مالك رضي الله عنه قال قلنا يا رسول الله اينحني بعضنا لبعض قال لا قلنا ايعانق بعضنا بعضًا قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضًا قال نعم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المكامعة وهي المضاجعة والمعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم واشار الشيخ ابو منصور الماتريدي ووفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة فاما على وجه البر والكرامة فجائز قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس به بالاجماع وهو صحيح ورخص بعض المتاخرين تقبيل يد العالم او المتورع على سبيل التبرك وعن سفيان قال تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غير العالم لا يرخص فيه قال الصدر الشهيد هو المختار وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فهو مكروه فلا يرخص فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي

اثمان

اثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر ولا باس بالمصافحة لما روينا ولانها سنة قديمة متوارثة في البيعة وغير ذلك وقال صلى الله عليه وسلم من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه وقال ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل ان يتفرقا واما القيام لتعظيم الغير فعن الشيخ ابي القاسم الحكيم انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولا يطمع الفقراء وطلبة العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه ولا يتضررون بترك القيام

الفصل الخامس في البيع والاحتكار والاجارة وغيرها

ويكره بيع العذرة وهي رجيع الادمي ولا باس ببيع السرقين وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس ولان المال ما ينتفع به ويتمول وقد يتمول المسلمون السرقين وينتفعون به فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع من غير نكير من احد من السلف بخلاف العذرة لان العادة في الانتفاع بها لم يوجد وانما يبيع بها مخلوطة برماد او تراب غالب عليها بالقائها في الاراضي والمخلوط مال متقوم يجوز بيعه والاراضي والمخلوط مال متقوم يجوز بيعه والانتفاع به في الصحيح وعن ابي حنيفة انه لا باس بالانتفاع بالعذرة الخالصة ومن علم بامة انها لرجل فراى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها لان خبر الواحد في المعاملات مقبول وان كان فاسقًا او كافرًا او عبدًا لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فيقبل وكذا لو قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وان كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فكذلك لان في المعاملات لا يمكن اعتبار العدالة في كل خبر للحرج والضرورة وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي كاليقين قال صلى الله عليه وسلم لوابصة بن معبد ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فما حاك في صدرك فدعه

وان الناس به وكذا لو لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره ذو اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها
او وهبها له او اشتراها منه لان اقراره بالملك للغير يصححه في حق الغير شرعا فهذا في حق الامر
بمنزلة ما لو علم ملك الغير بان عاينه في يده فان كان المخبر ثقة صدقه فيما اخبره وان كان غير
ثقة واكبر رايه انه صادق فيه صدقه ايضا وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يقبل ذلك منه
ولم يشتر واذا لم يخبره صاحب اليد بشيء ان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها
الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو
اليد فاسقا لان اليد دليل الملك شرعا والفاسق والعدل في هذا الدليل سواء حتى اذا
نازعه غيره فالقول له ويحل لمن راه في يده ان يشهد له بالملك ولا معتبر باكبر الراي عند
وجود الدليل الظاهر كما لا عبرة بالقياس عند وجود النص الا ان يكون مثله لا يملك
مثل ذلك العين فحينئذ يستحب له ان يتنزه عنه ولا يشتريه وذلك كدرة رآها في يد فقير
لا يملك شيئا او راى كتابا في يد جاهل ولم يكن في آبائه من هو اهل لذلك فيظن انه سارق
لذلك العين وكان التنزه عن شرائه افضل ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة
من ذلك لانه اعتمد دليلا شرعيا وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم ينبغ له ان يشتريها
ويقبلها حتى يسأل لانه عالم انها للغير واليد في حق المملوك ليس بمطلق للتصرف لوجود
الرق المنافي للملك والمانع عن التصرف ما لم يوجد الاذن فان اخبره ان مولاه اذن له
وهو ثقة فلا باس بالشرى منه والقبول وان كان غير ثقة فان كان اكبر رايه انه صادق
فيما قال صدقه وان كان اكبر رايه انه كاذب او لم يكن له راي لم يشترها لان الحاجر عن
التصرف ظاهر فلا يكون له ان يتصرف معه بمجرد خبره ما لم يترجح جانب الصدق فيه
بنوع دليل ولم يوجد ولو ان امراة غاب زوجها فاخبرها مخبر انه طلقها ثلاثا او مات عنها
او كان غير ثقة فاتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان
اكبر رايها انه حق فلا باس بان تعتد وتتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا
لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي وتزوجت بآخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي
فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول اذا كانت ثقة او وقع في قلبه انها صادقة وكذا لو قالت

كنت امة لفلان فاعتقني وهي ثقة او وقع في قلبه انها صادقة لان القاطع طارئ ولو
اخبرها ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها رضاعا
لم يقبل قوله ولم يسعها ان تتزوج حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامراتان وكذا لو اخبره مخبر انك
تزوجتها وهي مرتدة او اختك رضاعا لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك
عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على النكاح امارة تنبئه على صحته وانكار فساده
فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما لو كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت
من امه او اخته فانه يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ فلم يثبت المنازع فالحاصل
انا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة لحاجتنا الى الالزام وقبلناه في موضع
المسالمة لعدمه ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما
كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع
وهو ذو اليد بخلاف ما لو قالت اعتقني واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين يكره لرب الدين
ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان بيع المسلم الخمر باطل غير
منعقد لما ذكرنا لانه لا قيمة للخمر في حق المسلمين فلم ينعقد البيع وان لم ينعقد البيع لم يجب الثمن
فلم يملكه فلم يجز قضاؤه فاما بيع الذمي الخمر فصحيح لانها مال في حقه فملك الثمن فصح قضاؤه
ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله
وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاحتكار حبس الطعام للغلاء افتعال
من حكر اذا ظلم ونقص وحكر اذا استبد به وحبسه عن غيره والاصل في كراهية الاحتكار
قوله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وقوله صلى الله عليه وسلم
من احتكر على الناس الطعام رماه الله تعالى بالجذام والافلاس وفي رواية من احتكر
الطعام اربعين يوما يطلب القحط فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله
تعالى منه صرفا ولا عدلا فالصرف النفل والعدل الفرض ولان حق العامة قد تعلق فيما
جلب الى المصر والمحتكر يريد ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم
بان كان البلد صغيرا بخلاف ما اذا لم يضر بان كان البلد كبيرا لانه حبس ملكه ولم يضر بغيره وكذا

التلقي على هذا التفصيل وصورة التلقي ان يخرج من البلد الى القافلة التي جاءت بالطعام ويشتريها
خارج البلد ويخبرهم بكساد ما معهم ويبيع بيعها ولم يتركهم حتى يدخل القافلة البلد والاصل في كراهيته
نهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي سعر البلد
على التجار فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غدر بهم ثم الاحتكار المنهي في الاشياء التي
هي قوت الناس والبهائم كالبر والشعير والعنب والتمر والتين والقت قول ابي حنيفة ومحمد وعليه
الفتوى وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او
ثوبا فاعتبر الضرر اينما وجد وان لم يكن معهودا وهما اعتبرا الضرر المعتاد الغالب ثم
المدة اذا قصرت لا تكون احتكارا لعدم الضرر وان طالت تكون احتكارا مكروها لوجود
الضرر والفاصل اربعون يوما لما روينا وقيل الشهر لانه كثير اجل وما دونه قليل عاجل
لما مر في الايمان والسلم ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط
نعوذ بالله وقيل المدة للعقوبة في الدنيا لان الجناية لا تظهر عند قصور المدة فلا يعاقب
واذا امتدت ظهرت الجناية فيعاقب فاما في حكم المأثم فلا يشترط الامتداد فيأثم
وان قلت المدة لتحقق الضرر والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة ومن احتكر غلة
ضيعته او ما جلبه من بلد اخر فليس بمحتكر اما الاول فلان ذلك خالص حقه لا حق لاحد فيه
فلم يكن في الحبس مبطلا حقهم وله ان لا يزرع فله ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي
حنيفة لان حق العامة انما يتعلق فيما جمع في المصر وجلب الى فنائها فاما في غير ذلك فلا وقال
ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل بقعة يجلب منها الى المصر في العادة فهو بمنزلة
فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله صلى الله
عليه وسلم لا تسعروا فان الله الا تسعر يا رسول الله فقال بل ادعوا الله فقال اخر سعر يا رسول الله فقال
بل الله يخفض ويرفع واني لارجو ان القى الله تعالى وليس لاحد منكم عندي مظلمة ولان الثمن
حق العاقد فاليه تقديره ولا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة بان يبيع
فقيرا ماله وهو يرى بحاجة فيمنع منه دفعا للضرر عن المسلمين وقال مالك يلزمه
التسعير عام الغلاء نظرا للعامة واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما يفضل

عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في قوته وقوت اهله وينهاه عن الاحتكار ويزجره
عنه فان رفع اليه مرة اخرى وهو مصر على عادته وعظه وهدده فان رفع اليه مرة اخرى
حبسه وعزره على ما يرى حتى يمتنع عن سوء عمله لانه ارتكب ما لا يحل وليس فيه حد
مقدر فيعزر فان كان ارباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون عن القيمة تعديا
فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا بأس به بمشورة اهل الرأي
والبصر واذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك فباعه بثمن فوقه اجازه القاضي وهذا واضح
على قول ابي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وفي ابطال بيعه نوع حجر عليه وكذا عندهما الا ان
يحجر على قوم مجهولين فلا يصح الا ان يكون على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام
صح لانه ليس بمكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه بغير رضاه قيل هو على
اختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع اتفاقا لانه يرى الحجر لدفع ضرر عام كالحجر
على الطبيب الجاهل ونحوه وهذا يرجع الى العامة ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة
ممن يعرف انه من اهل الفتنة لكونه تسببا الى الفتنة وتقوية لها والفتنة نائمة لعن الله
من ايقظها وقد مر في السير وان لم يعرف انه من اهل الفتنة فلا بأس به لوقوع الشك
ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لانه يصلح لامور شتى فيضاف الفساد الى
اختياره وهو بعينه ليس بآلة للفساد وانما يكون بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في
ايام الفتنة لان عينه آلة للشر بلا تغير ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او بيعة
او كنيسة او يباع فيه خمرا بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي
ان يوجره لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية ثم يفعل فاعل اختيارا وهو المستاجر
فيقطع نسبة المعصية عن العقد وهو وارد على منفعة البيت حتى يجب بمجرد التسليم ولا
معصية فيه وانما قيد بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار
بيع الخمور والخنازير في الامصار لان شعائر الاسلام فيها ظاهرة بخلاف السواد
قالوا هذا في سواد الكوفة لان اغلب اهلها اهل الذمة فاما في سواد بلادنا فاعلام
الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الصحيح ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له

الآخر عند ابي حنيفة وقالا هو مكروه لان النبي صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر عشرة وعد منها
حاملها وله ان الحمل ليس بمعصية ولا سبب لها وانما المعصية تحصل بعد
بفعل فاعل مختار وليس من ضرورات الحمل لان حمل الخمر قد يكون للاراقة او للصب في الخل
للتخلل والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية ولا باس ببيع بناء بيوت مكة وهذا
بالاجماع لانها ملك من بناها الا ترى ان من بنى على ارض الوقف جاز بيعه فهذا كذلك ويجوز
بيع ارضها عند ابي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة لان الاراضي مملوكة
لاربابها لظهور الاختصاص بها شرعا لهم وقوله صلى الله عليه وسلم وهل ترك لنا عقيل من ربع
دليل على ان عقار مكة عرضة التمليك والتملك وقد تعارف الناس بيع الاراضي والدور
بمكة من غير نكير منكر وله ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى حرم مكة
حرام بيع رباعها ولا تؤجر بيوتها ولان موضع الحرم وقف الخليل صلى الله عليه وسلم ويكره
اجارة اراضي مكة لقوله صلى الله عليه وسلم من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان
اراضي مكة تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده السوائب من احتاج اليها
سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شاء
يكره له ذلك لانه اذا ملكه الدرهم فقد اقرضه اياه وقد شرط ان ياخذ منه ما يريد حالا
فهو في ذلك نفع وقد نهي في معنى القرض الذي جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان يستودعه
اياه ثم ياخذ منه ما شاء فان ضاع فهو وديعة فلا شيء عليه لانه لم يقرضه وانما اودعه

الفصل السادس في المتفرقات

قال ولا باس بالتعشير والنقط في المصحف واصل الرواية انه يكره التعشير والنقط في المصحف لان فيهما ترك التجريد
وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القران ويروى جردوا المصاحف ثم قالوا
في زماننا لا بد للعجم من دلالة فبالتعشير يحفظ الآي وبالنقط يحفظ الاعراب فكانا حسنين
ولا باس بتحليه المصحف لما فيها من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه كما قررنا في كتاب الصلاة
ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وسائر المساجد وقال مالك يكره في كل مسجد
وقال الشافعي يكره ذلك في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا
المسجد الحرام بعد عامهم هذا والكفار مخاطبون بالحرمات وان لم يكونوا مخاطبين فهم مخاطبون
بتبعيدهم ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المساجد عنه وعدى مالك الى
سائر المساجد لعموم العلة وهي النجاسة لان المساجد تنزه عن النجاسات ولنا
ما روي ان ابا سفيان دخل مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في حال كفره وانزل رسول
الله صلى الله عليه وسلم وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وضرب لهم خيمة فقالت الصحابة
قوم انجاس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على الارض من انجاسهم شيء انما انجاسهم
على انفسهم وهذا لان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تنجيس المسجد والاية محمولة
على منعهم ان يدخلوها طائفين عراة او مستولين على اهل الاسلام مستعلين من حيث التدبير
والقيام بعمارة المسجد لان قبل الفتح كانت الولاية والاستعلاء لهم ولم يبق ذلك بعد
الفتح ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لما روي ان يهوديا مرض بجوار رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قوموا بنا نعود جارنا اليهودي
فعاده وقعد عند راسه فقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى
ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه وشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ثم
قال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار ولان العيادة شرعت
برا ومواصلة ولا باس ببر اهل الكتاب قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين الاية ويكره ان يبدا الكافر بالسلام ولا يكره رد الجواب ولكن لا يزيد على قوله
وعليكم وان كان للمسلم اليه حاجة فلا باس بالسلام عليه ولا باس بخصاء البهائم لانه صلى
الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين وانزاء الحمير على الخيل لانه صلى الله عليه وسلم
ذكر البغلة واقتناها ولو كان هذا الفعل مكروها لما فعله لان فيه فتح بابه ولا باس
بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب
وهديته الدراهم والدنانير والقياس ان لا يجوز الكل لانه تبرع ولا يصح في العبد كهبته
الدراهم والدنانير وفي الاستحسان تجوز الهدية اليسيرة لان سلمان اهدى لرسول الله صلى الله
عليه وسلم هدية فقبلها حين كان عبدا وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة وكان

بحسب دعوة المملوك وعن ابي سعيد مولى ابي اسيد انه قال دعوت رهطا من اصحاب النبي
صلى الله عليه وسلم فيهم ابو ذر فحضرت الصلاة فقدموني وانا يومئذ عبد ولان الهدية
اليسيرة والضيافة اليسيرة من ضرورات التجارة لان التاجر اذا فتح دكانا يحتاج الى ان يلم
وعاقبته ما يبع والى مواكلة مع المعاملين واستمالة قلوب المجاهزين بالتبرع اليسير
ومن ملك شيئا ملك ما كان من ضروراته ولا ضرورة في هدية الثوب والدراهم والدنانير
فبقي على اصل القياس ويكره استخدام الخصيان لان فيه تحريض الناس على هذا الفعل
وهو مثلة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلة ويكره ان يقول الرجل في دعائه
اسالك بمقعد العز من عرشك وللمسالة عبارتان بمعقد وبمقعد ولا اشكال في كراهية الثانية
لانه من القعود وهو التمكن على العرش وهو قول المجسمة وهو قول باطل وكذا الاولى
تكره لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفة القديمة
لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به وعن ابي يوسف انه لا باس به وبه اخذ الفقيه
ابو الليث لما روي انه صلى الله عليه وسلم كان من دعائه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكن الاحتياط
في الامتناع لكونه خبر واحد ويكره ان يقول الرجل في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك
ورسلك او بحق البيت والمشعر الحرام لانه لا حق للخلق على الخالق ولو قال الرجل لغيره
بحق الله او بالله ان تفعل كذا لا يجب على ذلك الغير ان ياتي بذلك الفعل شرعا وان كان
الاولى ان ياتي به ويكره اللعب بالشطرنج والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فهو
حرام بالاجماع لانه ميسر وهو اسم لكل قمار وقد قال الله تعالى انما الخمر والميسر الاية وتواترت
السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريم القمار وعليه اجماع المسلمين وان خلا عن القمار
ايضا لانه عبث وقد قال الله تعالى افحسبتم انما خلقناكم عبثا الاية وقال النبي صلى الله
عليه وسلم كل لعب ابن ادم باطل الا ثلاثة ملاعبة الرجل مع اهله وتاديبه لفرسه ومناضلته
بقوسه واباح الشافعي الشطرنج لان فيه تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام قال سهل بن محمد
الصعلوكي رئيس اصحاب الشافعي اذا سلمت اليد من الخسران والصلاة من النسيان واللسان

من الهذيان فهو ادب بين الخلان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من لعب بالشطرنج والنردشير
فكانما غمس يده في دم الخنزير ومر ابن عمر رضي الله عنهما بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم
وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون ولانه لعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات
وذكر الله تعالى غالبا فيكون مكروها واما منفعته فمغلوبة تابعة والعبرة للغالب في التحريم
الا ترى الى قوله تعالى واثمهما اكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم وهل رايت صاحب
شطرنج يصلي فضلا عن الجماعة وان صلى فقلبه متعلق به فهي اباحته اعانة الشيطان
على الاسلام والمسلمين ثم ان قامر بالشطرنج سقطت عدالته وردت شهادته وان
لم يقامر به وكان متاولا لا يفسق قبلت شهادته ولا تسقط عدالته ولم ير ابو حنيفة
بالسلام عليهم باسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهه ابو يوسف ومحمد تحقيرا لهم حتى اسقطهم
عن درجة التسليم وروي ان عليا مر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم فقيل له
في ذلك فقال كيف اسلم على قوم يعكفون على اصنام وروي انه ضرب ذلك على رؤوسهم
ولا باس بالمسابقة في الرمي والفرس والابل ان شرط المال من جانب بان يقول احدهما
لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شيء لي وحرم لو شرط المال من الجانبين
بان يقول ان سبق فرسك او ابلك او سهمك اعطيتك كذا وان سبق ابلي او فرسي او
سهمي اعطيتني كذا الا اذا ادخلا ثالثا بينهما وقالا للثالث ان سبقتنا فالمال لك
وان سبقناك فلا شيء لنا والا ستبا ولا يجوز في البغال والحمير وبالاجل اذا كان المال
مشروطا من احد الجانبين يجب ان يجوز وكذا المتفقهة اذا كان الجواب كما قلت اعطيتك
كذا وان كان الجواب كما قلت فلا اخذ منك شيئا يجوز وكذا في الزجر ويكره ان يجعل
الرجل في عنق عبده الراية وهو ان يجعل في عنق عبده طوق حديد يسمر بمسمار عظيم
يمنعه ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظالمين وهو حرام لانه محدث وشر الامور
محدثاتها وقال صلى الله عليه وسلم كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار
ولانه عقوبة الكفار فيكره كالاحراق بالنار قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب
الله واما القيد فانه سنة المسلمين في السفهاء والدعار والعبيد احترازا عن اباقهم والتمرد

سهو سهو سهو صح صح

سهو سهو سهو صحاح

على مواليهم ولا باس بالحقنة للتداوي واصله ان استعمال الدواء جايز قال
صلى الله عليه وسلم تداووا فان الله تعالى ما خلق داء الا ووضع له دواء الا السام والهرم
وقد تواترت به السنة وانعقد عليه الاجماع ولا فرق بين الرجال والنساء ولا يجوز
استعمال المحرم في الحقنة كالخمر ونحوه لان التداوي بالمحرم محرم والمذهب عند اهل
السنة والجماعة ان التوكل المامور به بعد كسب الاسباب ثم التوكل بعده على خالق الاسباب
دون الاسباب ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بلا محرم لان الامة بمنزلة المحرم
لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس لما مر ولا باس بالسفر مع المحرم الجاير وكذا الامة
مع الاجانب وام الولد امة وان امتنع بيعها لبدلٍ حلّ وطيها بلا نكاح ولا يحل الوطي
الا باحد المسلكين قالوا هذا في زمانهم لغلبة اهل الصلاح فاما في زماننا فلا لغلبة
اهل الفساد ولا باس برزق القاضي وهذا على وجهين اما ان يكون مشروطا او
معاقلة كعقد الاجارة او يكون كفاية مؤونة كالنفقة اما الاول فحرام لان القضاء اعظم
الطاعات واذا بطل الاستيجار على ساير الطاعات فعلى هذا احق ولهذا لا ينفذ حكم
القاضي بالرشوة وان كان لا ينعزل بالفسق والجور والارتشا عندنا خلافا للمعتزلة
واما الثاني فلا باس به لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عتاب ابن اسيد الى مكة وفرض له
وبعث عليا الى اليمن وفرض له وفرض لمعاذ ايضا وكان ابو بكر وعمر رضي الله عنهما
ياخذان كفايتهما وعلى ذلك اجماع المسلمين ولانه محبوس بحقوق المسلمين والحبس من اسباب
النفقة كما في النكاح والعدة والوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة فيكون نفقته
في مالهم وهو مال بيت المال وهذا اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق فان كان
حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام والغصب رده على اهله وليس ذلك بمال علم صح
عامة المسلمين واتفقوا ان القاضي اذا كان محتاجا فالافضل له بل الواجب عليه ان ياخذ
رزقه وكفايته لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا بذلك اذ الاشتغال بالكسب يقعده
عن اقامة ما عليه فلما كان القضاء فرضا عليه افترض عليه ما لا يتوصل اليه الا به وان
كان غنيا قال بعضهم اخذه حلال لان الغني لا يقوم بالنفقة الداره مع التشاغل عن

الكسب

الكسب وتركه افضل زهدا بشأن المال والاصح ان اخذه افضل صيانة للحكم عن ان يهون عند
الامراء ونظرا لمن يتولى بعده من المحتاجين لان الرزق اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته
اذا ترك صار بمنزلة محتاج اليه وتسميته رزقا يدل على انه مقدر بالكفاية في كل زمان
وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يوجد في اول السنة وهو يعطى منه
وفي زماننا يوجد الخراج في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح
وعليه الفتوى فاذا اخذ الرزق في اول السنة ثم عزل قبل مضي السنة هل يجب رد
رزق ما بقي من السنة قال بعضهم يجب الرد وقال بعضهم على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف
لا يلزمه الرد وعلى قياس قول محمد يلزمه الرد وقاسوها على نفقة الزوجة اذا استعجلته
ثم مات احدهما قبل مضي السنة لم يرجع عندهما خلافا لمحمد والصحيح انه يجب الرد ومن كان في
يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبوله وقبض الهبة والصدقة له واصله ان التصرف على
الصغار ثلثة انواع نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء
وبيع اموال القنية كالتقرير ونحوها لقيامه مقامه بانابة الشرع ونوع اخر ما كان
من ضرورة حال الصغار وهو شرى ما لا بد للصغار منه وبيعه واجارة الصغار
وذلك يملكه من يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملكه
هولاء فلان يملك الولي هذا النوع اولى الا انه لا يشترط في حق الولي قيام الحجر والنوع دلالة
الثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فانه يملكه الاخ والعم والملتقط
والصبي بنفسه اذا كان يعقل لانه لما كان نفعا محضا اشبه الانفاق عليه فيملك بالولاية
والحجر والعقل بكثرة طرق الوصول بطرائه ويجوز للام ان تؤجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز
للعم والملتقط والفرق ان الام تملك اتلاف منافعه بغير عوض بالاستخدام فلان تملك اتلاف
منافعه بعوض بالاجارة اولى ولا كذلك العم والملتقط ولو اجر الصبي نفسه لم يجز لانه مشوب
بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا عنده فيجب المسمى وقد مر نظيره في العبد المحجور
اذا اجر نفسه وان كان الصغير في عيال العم فاجرته امه صح لانه من الحفظ وهذا عند
ابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الحفظ هنا الى العم والله تعالى اعلم

كتاب احياء الموات

الموات ارض تعذر زرعها لانقطاع
الماء عنه او لغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة وسمي به لبطلان الانتفاع به
تشبيها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به ويشترط عند محمد ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي
مع انقطاع الارتفاق بها لان الميتة على الاطلاق تنصرف الى الكامل وكماله ان لا يكون مملوكا
لاحد لانه اذا كان مملوكا لمسلم او ذمي لا يكون مواتا لانه ان عرف مالكه فهو له وان لم يعرف مالكه
فهو لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها وذكر القدوري ما كان منها
عاديا اي قديم خرابه كانه خرب في عهد عاد لا ما كان لعادٍ لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام
لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لم يسمع
الصوت فيه فهو موات وقال القاضي فخر الدين واصح ما قيل فيه ان يقف الرجل على طرف
عمران القرية فينادي باعلى صوته فالى اي موضع ينتهي اليه صوته يكون من فناء العمران لان
اهل القرية يحتاجون الى ذلك الموضع لرعي المواشي او غيره وما وراء ذلك من الموات اذا لم يعرف
لها مالك والبعد من القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ارتفاق اهلها عنه
لا ينقطع اذا كان قريبا وعند محمد يعتبر ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية
فالحاصل ان عند ابي يوسف مدار الحكم على القرب والبعد وعند محمد مدار على حقيقة الارتفاق
وشمس الائمة السرخسي اعتمد ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه
بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لان النبي صلى الله عليه وسلم قد اذن في ذلك
وملكها من احياها حيث قال من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مباح سبقت يده اليه وكان
احق به كما لو اخذ صيدا او حطبا او حشيشا او وجد معدنا او ركازا في موضع لا حق لاحد فيه
وله قوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه محمول على انه
اذن لقوم مخصوص لا انه تشريع كما مر في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه ولان
هذه الاراضي كانت في ايدي المشركين ثم صارت في ايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب وما يكون
بهذه الصفة لا يختص احد بشيء منه بغير اذن الامام كالغنائم ويجب فيه العشر لانه لا يجوز ابتداء
توظيف الخراج على المسلم الا اذا اسقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج باعتبار الماء

ثم

فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فالثاني احق بها عند البعض لان الاول ملك استغلالها
دون رقبتها فاذا تركها صار الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لان الاول
ملكها بالاحياء لانه صلى الله عليه وسلم قال فهي له واللام للملك وملكه لا يزول بتركه ومن احيا
ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من كل اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق
الاول في الارض الرابعة لان الرابع قصد ابطال حقه لانها تعين لتطرقه ويملكه الذمي
بالاحياء كما يملكه المسلم لان النص لا يفصل ولان الاحياء سبب الملك وهو كالمسلم في سائر اسباب
الملك الا ترى انا نملك مال الكافر بالاستيلاء وكذا الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء فكذا فيه
ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره ليحصل المقصود
ولان التحجير ليس باحياء في الصحيح ليملكه به لان الاحياء ان يجعلها صالحة للزراعة
والتحجير للاعلام مشتق من الحجر اي المنع فان من علم في موضع من الموات علامة فكانه
منع الغير من احياء ذلك الموضع فبقي غير مملوك كما كان وانما شرط ثلاث سنين لقول عمر
رضي الله عنه ليس للمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلم يحتاج الى ان يرجع الى وطنه
سنة لان دار الاسلام من ادناها الى اقصاها ينقطع في سنة فلعله اما تحجر في اقصى
طرف دار الاسلام وبلده في الطرف الاخر من دار الاسلام ولاصلاح اموره في وطنه
سنة وللرجوع الى ذلك الموضع سنة فلا ينبغي ان يشتغل باحياء ذلك الموضع عند الى بلاده
سنين ولكن ينتظر ليرجع وبعد مضي هذه المدة الظاهر انه قد بدا له وانه لا يريد الرجوع
اليها فيجوز لغيره احياؤها وهذا من طريق الديانة فاما في الحكم اذا احياها قبل مضي
هذه المدة فهي له لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولكنه لو فعل
يصح العقد ثم التحجير قد يكون بوضع الاحجار عليه وقد يكون بغرز الحجر بان غرز حولها
اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل
التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين
قال صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فمقدار ذراع فهو محتجر ولو كربها او ضرب عليها
المسناة او شق لها نهرا فهو احياء كذا في المبسوط وذكر في الهداية ولو كربها وسقاها

وعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود
الفعلين وان حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتعلق حاجتهم
بها حقيقة عند محمد او دلالة عند ابي يوسف فصار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا لا يجوز
للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا ومن
حفر بئرا في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما فله حريمها لان حفر
احياء فان كانت للعطن وهي التي ينزع الماء منها باليد فحريمها اربعون ذراعا لقوله صلى الله
عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع ببئره
الا بما حولها فانه يحتاج ان يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى ان يبني على البئر ما يركب عليه البكرة
والى ان يبني حوضا يجمع فيه الماء والى موضع يقف فيه مواشيه عند الشرب فيستحق الحريم
لذلك وقدره الشرع باربعين ذراعا في الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لان
ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ان المراد به اربعون ذراعا من كل جانب لان
المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكيلا يحفر احد في حريمه بئرا اخرى فيتحول
اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابة
ورخاوة فربما يجيء اخر ويحفر بئرا بقربه ويتحول ماء البئر الاول اليه فيتعطل عليه منفعة
بئره وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين وان كانت للناضح
وهي التي ينزع الماء منها بالبعير فكذلك عند ابي حنيفة اربعون ذراعا حريمها وقالا ستون
ذراعا لقوله صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا
وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح
اكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح ليستقي الماء من البئر وقد يطول الرشاء وبئر
العطن انما يستقي بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما روينا ولا تفصيل فيه
بين العطن والناضح فهو عليهما ومن اصله ان العام المتفق على قبوله والعمل به يترجح على الخاص
المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله ما اخرجت الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما

بلغ مقابلة

دون

دون خمسة اوسق صدقة وعلى قوله ليس في الخضراوات صدقة ورجح اصحابنا قوله
التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولان استحقاق الحريم حكم بالنص بخلاف القياس لان
الاستحقاق باعتبار عمله وعمله في موضع البئر خاصة فكان ينبغي ان لا يستحق شيئا من الحريم
ولكنا تركنا القياس بالنص فيتقدر بما اتفق عليه الاثار بسبب الاستحقاق وما زاد على ذلك
مما اختلف فيه الاثار عملنا بالقياس ولم يثبت الاستحقاق بالشك ولانه قد يستقي من بئر العطن
بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج
الى زيادة مسافة وحريم العين خمسمائة ذراع لما روينا ولانه يحتاج فيها الى زيادة المسافة
اذ العين انما تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن موضع يجتمع فيه الماء
ومن موضع يجري منه الى المزروع فلهذا افترقا في الزيادة والتوقيف ورد بخمسمائة فاتبعناه
اذ لا مدخل للراي في المقادير ثم عند بعضهم خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب
مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هو المكسرة
وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة وقيل ان التقدير
في البئر والعين بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا تزاد لرخاوتها كيلا يتحول الماء
الى الثانية فيتعطل الاول ومن اراد ان يحفر في حريمها منع من الحفر في حريمها لان حريم البئر
صار مملوكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الثاني متعديا بتصرفه في ملكه
فان حفر اخر بئرا في حريم الاولى فللاول ان يسد ما احتفره الثاني والا يضمنه النقصان
وللاول ان ياخذه بكبس ما احتفره لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها
في دار غيره يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار
غيره وهذا هو الصحيح وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد في حفره ان كان
الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما وعنده يجعل تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام
وان لم يثبت له الملك بدونه وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لانه متعد فيه حيث
حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا بامر الامام في غير حريم الاول وهو قريبة منه فذهب
ماء البئر الاولى وعرف ان ذهاب ذلك من حفر الثاني فلا شيء عليه لانه غير متعد فيما صنع

والمحتطب الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه في تحويل ما بيره الى بير الثاني كالمشاجر
اذا كان له حانوت فاحدث اخر بجنبه حانوتا يمثل بتلك الحانوت التجاره فكسدت تجاره الاول
بذلك لم يكن له ان يخاصم الثاني وللثاني الحريم في الجوانب الثلاثه دون الجانب الاول لسبق
ملك الحافر الاول فيه وحريم القناه يقدر بما يصلحه وعند محمد انه بمنزله البير في استحقاق
الحريم وقيل هذا عندهما واما عنده فلا حريم له ما لم يظهر الماء على الارض فهو بمنزله عين فواره
فيقدر حريمه بخمسمائه ذراع ومن غرس شجره في ارض موات فله حريمها خمسه اذرع حتى لم يكن لغيره ان
يغرس شجرا في حريمه لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه وغير ذلك وقد صح ان رجلا
غرس شجره في ارض فلاه فجاء اخر واراد ان يغرس شجره اخرى بجنبها فاختصما الى النبي
صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسه اذرع واطلق الاخر فيما
وراء ذلك وما ترك الفرات او دجله وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجه
النهر اليه وان لم يحتمل عوده اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد
اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام ومن له نهر في ارض غيره فليس له حريم
عند ابي حنيفه الا ان يقيم بينه على ذلك وقالا له مسناه النهر يمشي عليها ويلقي عليها
طينه واصل هذه المسئله ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام في موضع لا حق لاحد
فيه لا يستحق له حريما عنده وعندهما يستحق له حريما من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجه
وصاحب النهر محتاج اليه كصاحب البير والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي على جانبي النهر
ليجري الماء في النهر اذا احتبس بشيء وقع في النهر اذ لا يمكنه المشي في وسطه وكذا يحتاج
الى موضع يلقي عليه الطين عند الكري لما في النقل الى اسفله من الحرج ما لا يخفى وله
ان الاستحقاق للحريم فيهما بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه
والنهر ليس في معناهما لان الحاجه ثم متحققه في الحال وهنا الحاجه موهومه باعتبار
الكري وقد يحتاج الى ذلك وقد لا يحتاج والانتفاع لا يتاتى بالبير بدون الحريم وها يتاتى
الا انه يلحقه في ذلك بعض الحرج في نقل الطين او المشي في وسط النهر فاخذنا فيه باصل القياس
الا ترى ان من بنا قصرا في مفازه لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج الى ذلك لالقاء الكناسه

منه لعدم ورود النص فاذا اسس من اصلهما ان صاحب النهر يستحق الحريم فعند المنازعه
الظاهر شاهد له وعنده لما لم يستحق للنهر حريما فالظاهر شاهد لصاحب الارض لما نذكره ان شاء الله تعالى
والوجه لهما في هذه المسئله على سبيل الابتدا ان القول قول الذي اليد عند المنازعه وصاحب
النهر مستعمل لحريم النهر لاستمساك الماء في النهر والقاء الطين عليه والاستعمال يد فباعتبار
انه في يده جعل القول قوله كما لو تنازعا في ثوب واحدهما لابسه وله ان الحريم
اشبه بالارض صوره لاستوائهما بخلاف النهر ومعنى لصلاحيتها للغرس والزراعه والظاهر
لمن في يده ما هو اشبه به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الاخر معلق
على باب احدهما يقضي لمن في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع التنازع
قضاء ترك ولا منازعه فيما به استمساك الماء وانما المنازعه فيما وراءه مما يصلح للغرس
على انه ان كان صاحب النهر يمسك ماء نهره به فصاحب الارض يدفع الماء بالحريم عن ارضه
فقد استويا في استعمال الحريم ويترجح صاحب الارض في الوجه الذي قررناه ولكن ليس
له ان يهدمه لان لصاحب النهر حق استمساك الماء في نهره به فلا يكون لصاحب الارض
ان يبطل حقه بهدمه كحايط لرجل ولاخر عليه جذوع لا يكون لصاحب الحايط ان يهدم
الحايط وان كان مملوكا له رعايه لحق صاحب الجذوع وفي الجامع الصغير نهر لرجل
الى جنبه مسناه وارض لرجل خلف المسناه تلزقها وليست المسناه في يد احدهما بان
لم يكن لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى لصاحب النهر فادعى صاحب الارض المسناه
وادعاها صاحب النهر فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفه وقالا لصاحب النهر حريما
لالقاء طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو ان يكون الحريم
موازيا للارض لا فاضل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما اما اذا كان
لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى به بالاجماع لانه صاحب يد وثمره الخلاف تظهر
في موضعين احدهما انه اذا كان على المسناه اشجار ولا يدرى من غرسها فعنده لرب
الارض وعندهما لرب النهر وثانيهما ان ولايه الغرس على المسناه لرب الارض وعندهما
لرب النهر والقاء الطين قيل هو على الخلاف وقيل ان لرب النهر ذلك ما لم يفحش

وهو الصحيح وان اراد ان يكري عليه صاحب النهر فقيل ليس له ذلك عنده والاشبه
ان لا يمنع ~~اذا لم يكن~~ واذا لم يكن فيه ضرر قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس
وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد
مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس **فصل في مسائل**
الشرب الفصل الاول في المياه واذا كان لرجل
نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني ادم والبهائم
اعلم ان المياه انواع الاول ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي
الاراضي حتى ان من اراد ان يكري منها نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك لان الانتفاع بالبحر
كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء والطريق العامة فان هذا الماء ليس لاحد فيه حق
على الخصوص فان ذلك الموضع غير داخل تحت قهر احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يمنع
من الانتفاع به على اي وجه شاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء
في ثلاث في الماء والكلا والنار اما الماء فلانه صار موجودا بايجاد الله تعالى في مكانه
فبقي على الاباحة حتى يحرز فاذا اخذه وجعله في وعاء صار احق به وجاز بيعه كالصيد
يصير مملوكا بالاستيلاء واما الكلا فهو الحشيش الذي ينبت من غير ان ينبته احد فلا
يملكه صاحبه بكونه في ارضه فان قطعه غيره واحرزه ملكه وصار احق به واما
النار فمعنى اثبات الشركة فيها للانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وليس لمن اوقدها
ان يمنع غيره من الاقتباس منها فاما اذا اراد ان ياخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك
لانه ملك صاحبه لا يجوز لاحد اخذه الا باذنه **والثاني** ماء الاودية العظام كجيحون
نهر ترمذ وخوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر
الكوفة فللناس فيه حق الشفة على الاطلاق وسقي الاراضي بان احيا واحد ارضا
ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد
لكونها مباحة في الاصل فقهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فلا يكون له
ذلك دفعا للضرر عنهم وذلك في ان يميل الى هذا الجانب اذا انكسر ضفته فيغرق القرى

والاراضي

والاراضي وعلى هذا اذا انصب الرحى فيه فالنهر كشقه للسقي **والثالث** اذا دخل
الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت لما روينا فانه يتناول الشُرب والشرب ثم خص منه
الشرب فبقي الشرب ولان البئر ونحوها لم يوضع للاحراز والمباح لا يملك بغير الاحراز
كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان الحاجة الى الماء تتجدد في كل وقت ومن سافر لا
يمكنه ان يستصحب الماء من وطنه في ذهابه وايابه فيحتاج الى اخذ الماء من الابار
والانهار التي يكون على طريقه لنفسه ودابته ففي المنع من ذلك حرج بين وان اراد رجل
ان يسقي بذلك ارضا احياه فلاهل النهر منعه عنه ان اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا
ضرر فيه وفي اباحته ذلك بطلان منفعة الشرب **والرابع** الماء المحرز في اواني وهو
مملوك له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كالصيد الماخوذ ولكن بقيت فيه شبهة الشركة
لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهات حتى لو سرقه في موضع يعز وجوده وهو يساوي
نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل فله ان يمنع من يريد
الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء اخر يقرب من هذا الماء اليه او يتركه لياخذ بنفسه
بشرط ان لا يكسر ضفته لان له حق الشفة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة **وقيل**
هذا اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له منعه لان الموات
كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك وهو العشر او الخراج فلا يقطع الشركة في الشفة
ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه ودابته العطش له ان يقاتله بالسلاح باثر عمر رضي الله عنه
ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء في البئر مباح غير مملوك واذا كان محرزا
في الاواني فليس للذي يخاف الهلاك من العطش ان يقاتل صاحب الماء بالسلاح على المنع ولكن
يقاتله على ذلك بغير سلاح لانه ملك محرز لصاحبه ولهذا كان الاخذ ضامنا له وكذلك الطعام
عند اصابة المخمصة **وقيل** في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا
لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير والشفة اذا كان ياتي على كل الماء بان كان
جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها اختلفوا في هذا الفصل
قال بعضهم لا يمنع منه لاطلاق ما روينا **وقال** اكثرهم له ان يمنع لان الشفة

ما لا يستطيع صاحب النهر وهذا يستطيع حفظه فصار كسقي الاراضي والنخل ولهم ان ياخذوا
الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الاصح وقال بعضهم يتوضا في النهر ويغسل الثياب فيه قلنا
فيه من الحرج ما لا يخفى وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره يحمل الماء اليه بالجرة له ذلك وقال
بعض الائمة ببلخ ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر والاول اصح لان الناس يتوسعون فيه
ويعدون المنع من الدناءة وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحب معالي الامور ويبغض سفسافها
وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله
ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بالكلية اذ لو بقيت ينقطع
شرب صاحبه ولانه اذا احتفر نهرا من هذا النهر الى ارضه ينكسر به ضفة نهره وليس له ان يكسر
ضفة الغير وكذا في البئر يحتاج الى ان يشق نهرا من راس البئر الى ارضه وما حول البئر حق صاحب
البئر حريما له فليس لغيره ان يحدث شيئا من ذلك وكذا ان كان يريد ان يجري ماءه في هذا
مع صاحب النهر ليسقي به ارضه لان النهر ملك خاص لاهل النهر فلا يجوز له ان ينتفع بملك الغير
الا باذنه فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لان المنع لحقه فاذا رضي به فقد
زال المانع

الفصل الثاني في كري الانهار

اعلم ان الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ودجلة
والنيل فكريه على السلطان ان احتاج اليه من بيت مال المسلمين لان ذلك من حاجة عامة المسلمين
ومال بيت المال معد للصرف الى مصالحهم فان لم يكن في بيت ماله شيء فللامام ان يجبر الناس
على كريه لانه نصب ناظرا وفي تركه ضرر عام والعوام قلما يتفقون من غير اجبار وفي نظيره
قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته
على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما في تجهيز الجيوش ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة
الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة وهو خاص والفاصل بينهما ان ما يستحق
صاحبه به الشفعة كما مر ثم فهو خاص وما لا يجب به الشفعة فهو عام فكريهما على اهلهما
لا على بيت المال لان المنفعة تعود اليهم على الخصوص فتكون مؤنة الكري عليهم على
الخلوص لان الغرم بالغنم ومن ابى منهم في النهر الثاني يجبر على كريه لان فيه دفع الضرر العام

وهو ضرر بقية الشركاء ويتحمل ضرر الخاص مع ان في مقابلته عوضا ولو ارادوا ان يحصنوه حذارا
الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي منهم لان في ترك الاجبار
هنا تهييج الفتنة وتسكين الفتنة لازم شرعا وان لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر عليه لان
الضرر في الملك يكون الى المالك واذا لم يكن فيه ضرر عام كان له راي في ذلك من التاخير
والتعجيل وربما لا يتمكن منه في كل وقت ولا يتفرغ لذلك بخلاف الكري فانه يجبر عليه مطلقا
اذا طلبه بعض الشركاء لان حاجة النهر الى الكري في كل وقت معلومة عادة وهم قد التزموا
عادة فالذي يابى الكري يريد قطع منفعة الماء عن بقية شركائه وليس له ذلك فلهذا
اجبر عليه فاما الانبثاق فهو غير معلوم الوقوع فاذا لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الممتنع
عن ذلك لخوف موهوم وفي النهر الثالث قيل يجبر الآبي عن الكري كما في النهر الثاني لما بينا
وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص هنا ويمكن دفع ضرر الشركاء عنهم بالرجوع
على الآبي بحصته ما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوى الجانبان بخلاف النهر الثاني
لان حصة ما انفقوا ثم لا تقبل التقسيم على الجمع العظيم لقلته وكثرتهم فان قيل
في كري النهر الخاص احياء حق اصحاب الشفعة فيكون في تركه ضرر عام قلنا لا يجبر لاجل
حق الشفعة كما لو امتنعوا جميعا عن الكري فانه لا يجبرهم الامام على ذلك لانهم امتنعوا عن
عمارة اراضيهم ودورهم ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض
رجل رفع عنه ابو حنيفة وقالا مؤنة الكري عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب
والارضين وبيانه ان الشركاء في النهر اذا كانوا عشرة فمؤنة الكري من اول النهر على كل واحد
منهم عشرها الى ان يجاوز ارض احدهم فيكون حينئذ مؤنة الكري على الباقين اتساعا الى ان
يجاوز ارضا اخرى ثم يكون على الباقين اثمانا على هذا التفصيل الى اخر النهر وعندهما اعشارا
من اول النهر الى آخره لان لصاحب الاعلى حقا في اسفل النهر لحاجته الى تسييل الفاضل من الماء
فانه اذا انسد ذلك فاض الماء على ارضه فافسد زرعه فيستوي كل واحد منهم بالانتفاع بالنهر
من اوله الى آخره ولهذا استحقوا الشفعة بمثل هذا النهر وحق اهل الاعلى واهل الاسفل في ذلك على
السواء فلهذا استووا في الغنم فيستوون في الغرم وهو مؤنة الكري وله ان مؤنة الكري

على من ينتفع بالنهر لسقي الارض منه فاذا جاوز الكري ارض رجل فلا يغرم له في كري ما بقي منه
لان الارض ولا يلزمه شيء من مؤنة الكري ثم منفعته في اسفل النهر من حيث اجراء فضل الماء فيه
وصاحب المسيل لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه الا ترى ان من
له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بهذا الحق ثم هو يتمكن
ودفع الضرر عن نفسه بدون كري اسفل النهر بان يسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عن الماء
وزعم بعض المشايخ ان الكري اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة والاصح
ان عليه مؤنة الكري الى ان يجاوز حد ارضه كما اشار اليه في الاصل لان له رايا في اتخاذ
الفوهة من اعلاه واسفله فهو منتفع بالكري منفعة سقي الارض ما لم يجاوز ارضه واذا جاوز الكري
ارض رجل وسقطت عنه مؤنة الكري هل له ان يفتح الماء لسقي ارضه قيل له ذلك لان الكري
قد انتهى في حقه حيث سقط عنه مؤنته وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه من الكري نفيا
لاختصاصه بالانتفاع بالماء دون شركائه وللتحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم ان يبتدأ
في الكري من اسفل النهر او يترك بعض النهر من اعلاه حتى يفرغ من اسفله وليس على اهل الشفة
من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع والمؤنة على الاصول دون الاتباع والله اعلم

الفصل الثالث في الدعوى في الشرب والاختلاف فيه والتصرف فيه

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا والقياس ان لا تصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى
في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام وجه الاستحسان ان الشرب قد
وهو مرغوب فيه منتفع به فتصح فيه الدعوى واذا كان لرجل ارض ولرجل فيها نهر يجري فاراد
رب الارض ان لا يجري النهر في ارضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر في يد رب النهر
لانه مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله في انه ملكه فان لم يكن في يده
ولم يكن جاريا فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له فان جاء ببينة فهو له لانه اثبت بالحجة ملكا له فان لم
يكن له بينة على اصل النهر وجاء ببينة انه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه حتى يسقيها
منه قضي له ايضا لانهم شهدوا له بحق مستحق في هذا النهر وهو المجرى وعلى هذا المصب في نهر او على
سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم

لهم عليه ارضون اختلفوا في الشرب فالشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود بالشرب سقي
الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب
بقدر ارضه وبقدر حاجته وهذا بخلاف الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان
المقصود ثم التطرق وهو في الدار الواسعة والدار الضيقة بصفة واحدة بخلاف الشرب
فان كان الاعلى لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ان يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته
لان في السكر قطع منفعة الماء عن اهل الاسفل في بعض المدة ولان في السكر احداث شيء
في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون اذن الشركاء
فان تراضوا على ان الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد
منهم في نوبته جاز لان المانع لحقهم وقد زال بتراضيهم ولكن ان يمكن من ان يسكر بلوح
او باب فليس له ان يسكر بالطين والتراب لانه به يكبس النهر عادة وفيه اضرار بالشركاء الا
ان يتراضوا على ذلك وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضا اصحابه
لان فيه كسر ضفة النهر المشترك وشغل ملك مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا
بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها فانه يجوز لان ما يحدثه في خالص ملكه ويبنيه
لا ينقص الماء بل ينتفع صاحب الرحى بالماء مع بقاء الماء بحاله ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته
وبالماء ان يتغير عن سننه الذي يجري الماء عليه والدالية والسانية بمنزلة الرحى ولا يتخذ عليه
جسرا ولا قنطرة الا برضاهم لانه بمنزلة طريق خاص بين قوم والجسر اسم لما يوضع ويرفع
مما يتخذ من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعا ولا يرفع
واذا كان نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك لانه يتصرف في
خالص ملكه وان كان مقنطرا مستوثقا منه فاراد ان ينقض ذلك لعلة او لغير علة فان كان
لا يزيد ذلك في اخذ الماء فله ذلك لانه يرفع بناء هو خالص ملكه وان كان يزيد في اخذ
الماء يمنع منه لحق الشركاء فان اراد ان يوسع فم النهر من ذلك فليس له لانه يكسر ضفة النهر
ويزيد على قدر حقه في اخذ الماء اما في الموضع الذي لا يكون القسمة بالكوى فظاهر وكذا
في الموضع الذي تكون القسمة بالكوى لانه اذا وسع فم النهر يحتبس الماء في ذلك الموضع

فيدخل في كونه الكثر مما يدخل اذا لم يوسع فم النهر وكذا اذا اراد ان يوخر الكوه عن فم النهر
فيجعلها في اربعة اذرع من فم النهر الى اسفله فليس له ذلك لان الماء يتحبس في ذلك الموضع فيزداد
دخول الماء ولو اراد ان يسفل كواه او يرفعها يكون له ذلك في الاصح لان قسمة الماء في الاصل
باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة وانما يمنع من توسيع
الكوة ولا يمنع ان يسفلها او يرفعها لانه ليس فيه تغيير ما وقعت القسمة عليه بالكوى فاذا
اراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان الاصل انما وجد قديما يترك على حاله ولا
يغير الا بحجة فيترك الامور بحالها ولو كان لكل واحد كوى مسماه في نهر خاص لم يكن لواحد
منهم ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الماء في هذا النهر الخاص قد وقع في المقاسم
والشركة في هذا النهر شركة خاصة فليس لبعض الشركاء ان يزيد فيما يستوفى على مقدار حقه
سواء اضر ذلك بالشركاء او لم يضر ولو كان في النهر الاعظم فزاد في ملكه كوة او كوتين ولا
يضر ذلك باهل النهر فله ذلك لان الماء في النهر الاعظم لم يدخل في المقاسم بعد فهو على اصل
الاباحة كما كان فزيادة كوة او كوتين في خالص حقه لا يكون اقوى من شق النهر ابتداء وهذا
النهر الاعظم وهو غير ممنوع عنه فهذا امثاله وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه
الى ارض له اخرى لم يكن لها في ذلك الشرب فيما مضى لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ادعى
لهذه الارض شربا من هذا النهر في الاولى واستدل على ذلك بالنهر المعد لاجراء الماء فيه
من ذلك الى هذه الارض وكذا لو اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه
الاخرى فليس له ذلك لانه يستوفي فوق حقه فالارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي
الى هذه الارض الاخرى وهذا كطريق بين قوم فاراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى
وساكن تلك الدار غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق فهو ممنوع من ذلك خلاف
ما اذا كان ساكن الدار واحدا حيث لا يمنع لان المانع لا يزداد وله حق المرور ويصرف
في خالص ملكه وهو الجدار نهر بين رجلين له خمسة كوى من النهر الاعظم واحد الرجلين ارضه
في اعلى هذا النهر والاخر ارضه في اسفل النهر فقال صاحب الاعلى اني اريد ان اسد بعض هذه
الكوى لان ماء النهر يكثر فيفيض في ارضي وتنز منه فليس له ذلك لانه يتعدى الاضرار الى شريكه

بسد بعض الكوى لانه يتضرر بذلك بنقص منفعته وليس لاحد الشريكين ان يتصرف في المشترك
على وجه يلحق الضرر بشريكه وكذا لو قال اجعل لي نصف النهر ولك نصفه فاذا كان
في حصتي سددت منها ما بدا لي وان في حصتك سددتها كلها فليس له ذلك لان القسمة بينهما
قد تمت بالكوى ولا يكون لاحدهم ان يطلب قسمة اخرى والانتفاع بالماء في القسمة الاولى
لكل واحد منهما متيسر لا فيما يطالب هذا فان تراضيا على ذلك فلهما ما تراضيا عليه
فان اقاما على هذا التراضي زمانا فاراد الصاحب الاسفل ان ينقض فله ذلك لان كل واحد
منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب وللمعير ان يرجع متى شاء وكذا الورثة بعد موته لانه
خلفاؤه في ذلك وهذا لانه لا يمكن ان يجعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب
او اجارة الشرب بالشرب باطل لانه بيع الجنس بالجنس نسا اذ ماء الغد ليس بموجود في اليوم
فصار كبيع القوهي بالقوهي نسا ولان معاوضة المال بمال معلوم لا يجوز لجهالة الشرب
والغرر فلان لا يجوز معاوضة الشرب بالشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه لانه
قد يملك بالارث ما لا يملك بساير الاسباب من الملك كالقصاص والدين والخمر فانها تملك بالارث
فكذا الشرب والوصية اخت الميراث بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك
حيث لا يجوز للغرور والجهالة او لعدم الملك فيه للحال او لانه ليس بمال متقوم حتى لو
اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار
فخر الاسلام انه يضمن واذا بطلت العقود والوصية بتلك بالباطل باطلة ولو تزوج
امراة على شرب بغير ارض فالنكاح جائز وليس من الشرب شيء لان الشرب بدون الارض لا
يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن بعقد ولا بغير عقد
ويجب مهر المثل لانه مجهول جهالة متفاحشة فلم يصح تسميته وكذا لو اختلعت امراة من زوجها
على شرب بغير ارض صح الخلع وعليها ان ترد المهر الذي اخذت لانها اطمعت الزوج بهذه
التسمية وهو مما يرغب فيه فصار غارة له بهذه التسمية والمغرور في الخلع يرجع بما
دفعه ما قبضت كما لو اختلعت بما في بيتها من المتاع وليس في بيتها شيء والصلح عن الدعوى على الشرب
باطل لانه لا يملك بشيء من العقود وما لا يملك بشيء من العقود فالصلح عليه باطل فصاحب

الدعوى على دعواه ولو مات صاحب الشرب وعليه ديون لم يبع شربه بدون الأرض إلا
أن يكون يملك أرضا فيباع مع أرضه لأن في حال حياته لا يجوز منه بيع الشرب بدون الأرض
فكذا بعد موته ثم الإمام ماذا يصنع بهذا الشرب فقيل يتخذ حوضا ويجمع فيه ذلك
الماء في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين والأصح أنه
ينظر إلى أرض لا شرب له فيضم ذلك الشرب إلى أرضه ويبيعهما برضا صاحبها ثم ينظر إلى قيمة
الأرض بدون الشرب ومع الشرب فيصرف تفاوت ما بينهما في الثمن إلى قضاء دين الميت
وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب وباعها
فيوفي من الثمن ثمن الأرض المشتراة والفاضل للغرماء وإذا سقى الرجل أرضه أو شجرها
أي ملأها ماء فسال الماء من مائها في أرض رجل فغرقت أو نزت أرض جاره من هذا الماء
لم يكن عليه ضمان لأنه متسبب غير متعد فلا يضمن لأن كون الفعل علة للشيء إنما يعرف بالأثر
اللازم له والأثر اللازم لفعله اجتماع الماء في أرضه وإنما صارت أرض جاره ذات نز بالتشرب
والاجتذاب وهو اتفاقي وقد يكون وقد لا يكون فلا يضاف إلى فعله لما حصل هذا الفا
فصار فعله في حق هذا الأثر سببا محضا والمتسبب إنما يضمن إذا تعدى كحافر البئر وواضع
الحجر وفعله في أرضه مباح فلم يضمن قالوا هذا إذا سقى أرضه سقيا معتادا تحتمله أرضه
عادة أما إذا سقى سقيا لا تحتمله أرضه لأنه أجرى الماء إلى أرض جاره تعديا والله أعلم

كتاب الأشربة

هي جمع شراب وهو كل ما يشرب من
المائعات وأريد بها في هذا الكتاب ما حرم منها وكان مسكرا وسمي هذا الكتاب بها
لأن فيه أحكامها كما سمي كتاب البيوع والحدود لما فيه من بيان أحكامها الأشربة كلها
حلال إلا أربعة أحدها الخمر وهو التي من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد
وقال بعضهم كل مسكر خمر لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وقوله صلى الله عليه وسلم
الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة وقوله صلى الله عليه وسلم الخمر من خمسة
أشياء وذكر العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل ولأن الخمر ما خامر العقل ولنا
أن الاسم للني من ماء العنب إذا صار مسكرا حقيقة باتفاق أهل اللغة حتى اشتهر استعماله

بلغ مقابله

٢٤٧

فيه وفي غيره غيره فسمي مثلثا وباذقا أو غيره وكان هذا الاسم لغيره مجازا وقد أريدت
الحقيقة فبطل المجاز وتسمى خمرا لمخامرتها العقل وذهب أنه سمي بها لمخامرتها العقل فهذا لا
يدل على أن كل ما خامر العقل يسمى خمرا فالفرس الذي يكون أحد شقيه أبيض والآخر أسود
يسمى أبلق ولا يسمى الثوب فيه لون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا النجم يسمى نجما
لظهوره يقال نجم أي ظهر لا يدل ذلك على أن كل ما يظهر يسمى نجما والقارورة يسمى بها لمعنى
القرار وهذا الاسم لا يطلق على غيره وإن كان المعنى موجودا وهو كثير شهير والحديث
الأول طعن فيه يحيى بن معين فإنه قال ثلاث أحاديث لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم
أحدها هذا وثانيها من مس ذكره فليتوضأ وثالثها كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح
خاطب وولي وشاهدا عدل والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة
لأنه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الأحكام لا لبيان الحقائق وما ذكرنا في حد الخمر قول
أبي حنيفة وعندهما إذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لأن هذا الاسم إنما
يثبت لكونه مسكرا مخامرا للعقل وذا باعتبار صفة الاشتداد وهو المؤثر في إيقاع
العداوة والصد عن ذكر الله باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فيها وأما الغليان
والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولا تأثير لهما في إحداث صفة المسكر وله أن القذف
بالزبد والغليان من آثار الحلاوة وما دام شيء من الحلاوة باقيا كان المعنى الأصلي قائما
فلا يثبت اسم الخمر إلا إذا اشتد وقذف بالزبد ويتميز الصافي من الكدر لأن حكم الإباحة
كان ثابتا للعصير بيقين فلا يزول ذلك إلا بيقين مثله وأحكام الخمر مقطوع بها كالحد
وإكفار المستحل وحرمة البيع والنجاسة فيناط بالنهاية لما في النقصان من شبهة
العدم ولا يصح إثباتها بالشبهة وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا ثم إن عينها حرام قل أو كثر غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من
أنكر حرمة عينها وزعم أن السكر حرام لأنه يحصل إيقاع العداوة والبغضاء والصد
عن ذكر الله وذلك باطل ومخالف للكتاب والسنة وإجماع الأمة فكان كفرا منه وهذا
لأن الله تعالى سماها رجسا وهو اسم للحرام النجس عينا بلا شبهة وجاءت السنة عن النبي

صلى الله عليه وسلم متواترًا انه حرم الخمر لعينها ولان قليلها يدعو الى كثيرها وهو من خواص
الخمر فانه يزداد لشاربها الملذة بالاستكثار منها بخلاف غيرها من الاشيا فمنها من الغلظة
ما لا يدعو قليلها الى كثيرها من فواكه وطعام وشراب الاولذة من الابتداء
تزيد على اللذة في الانتها الا الخمر ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا اصاب منها شيا
واذا كان قليلها داعيا الى كثيرها كان محرما كالكثير الا ترى ان الزنا حرم حرم دواعيه
ايضا وقد اكد تحريم الخمر بوجوه فانه صدر الجملة بانما وقرنه بعبادة الاصنام ومنه
قوله صلى الله عليه وسلم شاربه كعابد الوثن وجعلها رجسا وجعلها من اعمال الشيطان
والشيطان لا ياتي منها الا الشر المحض وامر بالاجتناب وجعل الاجتناب من الفلاح واذا كان
الاجتناب فلاحا كان الارتكاب خيبة وخسارا وقوله فهل انتم منتهون من ابلغ ما
ينهى به كانه قيل قد تلي عليكم ما فيه من انواع الصوارف والموانع وهو وقوع العداوة
والتباغض والصد عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون مع هذه الصوارف ام انتم
على ما كنتم عليه كان لم تعظوا ولم تزجروا وهي غير معلولة عندنا حتى لم يتعد حكمها
الى سائر المسكرات والشافعي جعلها معلولة بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من
المسكرات حتى اوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر وهذا مخالف للسنة
المشهورة فانه صلى الله عليه وسلم قال حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولانه علل لتعدية
الاسم والتعدية للاحكام دون الاسماء ولانه تجوز التعدية مع اختلاف المعاني وهي
نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي ويكفر مستحلها
لان حرمتها قطعية لثبوتها بالكتاب والسنة المتواترة واجماع الامة وسقط تقومها في حق
المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يصح بيعها لان صاحب الشرع نجسها واهانها
فبطل تقومها ضرورة اذ تقومها ينبئ عن عزتها والبيع يبنى على التقوم وكذا الضمان
ولم يوجد واختلفوا في سقوط ماليتها والصحيح انها مال لجريان الشح والضنة فيها
فمن كان له على مسلم دين فاوفاه من ثمن خمر لم يحل له اخذه ولا للمديون ان يوفيه لانه ثمن
بيع غير منعقد وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين

على ذمي يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لانها مال متقوم في حق الكافر وبيعها جائز عنده ٨
وقد مر في الكراهية ويحرم الانتفاع بها لانه لما كان رجسا نجس العين واجب الاجتناب حرم
الانتفاع بها حرمة له ويحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر
فاجلدوه وعليه اجماع الصحابة وهو ثمانون جلدة عندنا وعند الشافعي اربعون وقد مر
في الحدود ولا يؤثر الطبخ فيها لان الطبخ في الشرع لمنع ثبوت الحرمة لا لابطالها بعد
الثبوت وهذا لان الطبخ اثره في ازالة صفة الاسكار وبعدما صار حرامًا لا يؤثر فيها الا انه
قيل لا يحد ما لم يسكر منه لان الحد بالقليل مخصوص بالنيء وهذا مطبوخ قال
شمس الائمة السرخسي يحد من شرب منه قليلا كان او كثيرا ويجوز تخليلها عندنا خلافا
للشافعي وثانيها الطلاء اي العصير ان طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه فهو المطبوخ ادنى
طبخه ويسمى الباذق ومنها المنصف وهو الذي طبخ حتى ذهب نصفه وبقي نصفه
وحكمه حكم الباذق وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واستدل على
الاطلاق وقال الاوزاعي هو مباح وهو قول اصحاب الظواهر وبعض المعتزلة لانه
مشروب طيب وليس بخمر فكان حلالا كالمثلث ولنا انه في معنى الخمر لانه رقيق
ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره ويجتمع الفساق على شربه كما يجتمعون على شرب الخمر فكان حراما
كالخمر بخلاف المثلث لانه غليظ وثالثها السكر اي النيء من ماء الرطب اذا صار مسكرا وهو
حرام وقال شريك بن عبد الله هو حلال لقوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون
منه سكرا ورزقا حسنا ذكره في موضع المنة وهي لا تتحقق بالمحرم فاوجب اباحته ولنا
اجماع الصحابة على ذلك وقال صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين والنص محمول على
ما قبل التحريم وقيل هو دال على التحريم على وجه التوبيخ اي تتخذون منه سكرا
وتدعون رزقا حسنا ورابعها نقيع الزبيب اي النيء من ماء الزبيب اذا اشتد وغلا
وهو حرام عندنا خلافا للاوزاعي على ما مر ثم حرمة هذه الثلاثة دون الخمر لان حرمة
الخمر قطعية وحرمة الثلاثة بضرب من الاجتهاد حتى جاز بيع غير الخمر من هذه الاشربة وضمن
متلفها عند ابي حنيفة ولا يكفر مستحلها وانما يضلل بخلاف الخمر فانه لا يكفر به جودا ولا يضمن متلفها

وقالا لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها كالخمر ولنا انها كانت اموالًا متقومة ولم يوجد دليل
قطعي لسقوط تقومها بخلاف الخمر ثم عنده يجب قيمتها لا مثلها لان المسلم ممنوع عن التصرف
في الخمر فلا يكون مامورًا باعطاء المثل وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب
بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه ايضًا ويحد شارب
قطرة من الخمر ولا يحد شارب هذه الاشربة ما لم يسكر ونجاسة الخمر غليظة ونجاستها خفيفة
في رواية وغليظة في رواية وفي الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به
وهذا الجواب على هذا العموم نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة
حلال عند ابي حنيفة حتى لا يحد وان سكر منه والسكران منه اذا طلق امراته
لم يقع عند ابي حنيفة بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك
وعند محمد هو حرام يحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه بمنزلة السكران من
الاشربة المحرمة وعن ابن عباس رضي الله عنهما كل مسكر يفسد عند ابانه فلا باس به وكل
نبيذ يزداد جوده على طول الترك فلا خير فيه اراد به التي من ماء الزبيب والتمر لانه ما
دام حلوا ولم يصر معتقا فهو يجيء يفسد عند ابانه فلا باس بشربه واذا صار معتقا
بان غلا واشتد وقذف بالزبد فهو يزداد جوده على طول الترك فلا خير فيه وبه كان يقول
ابو يوسف في الابتداء في المطبوخ من ماء الزبيب والتمر اذا صار معتقا لا يحل شربه وان
كان يجب يفسد اذا ترك عشرة ايام فلا باس بشربه ثم رجع الى قول ابي حنيفة فالحاصل
ان ابا يوسف كان يقول اولا مثل قول محمد ان كل مسكر حرام لكنه وجد شرطا ان لا
يفسد بعد ما بلغ عشرة ايام فههنا مسئلتان احدهما ان كل مسكر حرام عند محمد وابي
يوسف اولا ثم رجع الى قول ابي حنيفة والثانية ان الاشربة نحو السكر ونقيع الزبيب
اذا غلا واشتد حرام عندهما وعند ابي يوسف كذلك ولكن بشرط ان يبقى بعد عشرة ايام
ولا يفسد اي لا يحمض ثم رجع الى قولهما ونبيذ الزبيب والتمر اذا طبخ كل واحد منهما
ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير لهو ولا
طرب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وان في حرام والكلام فيه كالكلام في

المثلث

٢٢٦

المثلث العنبي ويستدركه ان شاء الله تعالى ولا باس بالخليطين لحديث ابن زياد قال سقاني ابن عمر
شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت عليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة
وزبيب وابن عمر رضي الله عنهما كان معروفًا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن فيه انه كان
يسقي غيره ما لا يشربه او يشرب ما كان حرامًا وهذا يفيد ان المتخذ من العجوة والزبيب حلال
وان اشتد وصار مسكرًا لان الذي سقاه كان مشتدا الى حد يشير اليه قوله ما كدت اهتدي
الى اهلي وكان مطبوخًا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهي التي وفيه رد لقول
اصحاب الظواهر انه لا يحل شرب الخليطين وان كان حلوًا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن
الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر فلما كان في زمان الجدب
فكره للاغنياء الجمع بين النعمتين ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة حلال
وان لم يطبخ عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان من غير لهو وطرب لقوله صلى الله
عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما اذ المراد بيان
الحكم فيكون ما وراءهما مباحًا بالنصوص العامة ثم في ظاهر الرواية لا باس بالشرب منه
مطبوخًا او غير مطبوخ وفي النوادر عن محمد ان شرب التي منه بعد ما اشتد لا يحل ه
وجه ظاهر الرواية ان العسل او الشعير او الذرة حلال التناول متغيرا كان او غير
متغير وكذا ما يتخذ منها من الاشربة لان هذا في معنى الطعام والتغير في الطعام لا يوثر
في الحرمة وكذا نقص الثلث لا يوجب الحرمة وقد يقلون ذلك في بعض الاشربة كاللبن ولبن الرمك
فيه حديث مشهور شاذ فيما تعم به البلوى ولا حد على من شرب مما يتخذ من العسل والبر والشعير
والذرة والفانيذ والسكر والتوت والكمثرى وغير ذلك اسكر او لم يسكر لان النص ورد
بالحد بالخمر وهذا ليس في معناها فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس وذا لا يجوز
لان الحد شرع للزجر عن ارتكاب سببه ودعاء الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء
الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الحد الزاجر كذا في المبسوط
لشمس الائمة السرخسي وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام باسبيجاب الاصح انه
يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة وكذا المتخذ من

والالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل على قول ابي حنيفة لا يحل لبن الرمكة كلحمه لانه متولد منه
والصحيح انه يحل لان كراهة لحمه لما فيه من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى حكمه الى
لبنه والمثلث العنبي حلال وان غلا واشتد وسكن عن الغليان اي الذي ذهب ثلثاه بالطبخ
وبقي ثلثه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي قليله وكثيره حرام
وسئل ابو حفص الكبير عنه فقال لا يحل فقيل له خالفت ابا حنيفة وابا يوسف فقال لانهما
يحلانه للاستمراء والناس في زماننا يشربونه للفجور والتلهي فعلم ان الخلاف فيما اذا قصد به
التقوي فاما اذا قصد التلهي فلا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك
وعنه انه توقف وقال لا احرمه ولا ابيحه احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر
حرام وفي رواية ما اسكر كثيره فقليله حرام وفي رواية ما اسكر الجرة منه فالجرعة حرام
ولان الكثير من هذه الاشربة مساوي للكثير من الخمر في حق الحرمة ووجوب الحد فكذا القليل
وهذا لان القليل منه لو كان مباحا لما وجب الحد وان سكر منه لان السكر انما حصل
بشرب الحلال والحرام جميعا فاعتبار جانب الحلال يمنع وجوب الحد عليه واذا اجتمع
الموجب للحد والمسقط له ترجح المسقط على الموجب ولهما قوله صلى الله عليه وسلم
حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر لان العطف يقتضي المغايرة
والمسكر هو القدح الاخير وهو حرام عندنا وانما حرم القليل من الخمر لان القليل يدعو الى الكثير
لرقته وللطافته فكان القليل سببا للفساد كالكثير فكان حراما وهذه الاشربة غليظة
لا يدعو قليلها الى كثيرها فكان قليلها مباحا مع وصف الشدة والسكر حرام وقد طعن
ابرهيم النخعي في الاخبار ولان الخلاف في ذلك مشهور بين الصحابة ولم يحتج بها احد فلو
كانت صحيحة لاحتجوا بها ولانها لما تعارضت تحمل بالقياس وهو شاهد لنا او تحمل
على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة او على الابتداء ليكون فطاما لهم عن الخمر فلما وقع
الفطام اباح لهم ذلك والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ
حكمه حكم المثلث لان بصب الماء يزيده ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى ذهب
ثلثاه بالكل لان الماء يذهب اولا لانه الطف او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب

مخلوط بعصير العنب لا يحل بالطبخ ما لم يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخ

ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة وروى ابو يوسف عنه
انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير فيه قائم لا تغير فيستوي اعتبار الطبخ
فيه بعد العصر وقبله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم
يذهب منه ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا تغليبا للموجب للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير
العنب ونقيع التمر لما بينا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيبا
فان كان ما انقع شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فهو غير معتبر ولا باس بشربه وان كان يتخذ
النبيذ من مثله لم يحل شربه ما لم يطبخ قبل ان يشتد لانه في معنى نقيع ومطبوخ ولو صب
في المطبوخ قدح من النقيع لم يحل شربه اذا اشتد ويغلب الموجب للحرمة على الموجب للحل
فهذا مثله ولا يحد في شرب شيء من ذلك ما لم يسكر لان ثبوت الحرمة للاحتياط وفي الحد
يحتاط للدرء والاسقاط ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان
الحرمة تحققت فلا تزول بالطبخ ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والنقير لقوله
صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد صلى الله عليه وسلم
في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلاثة ايام فامسكوه
ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم
والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظروف لا تحل شيئا ولا تحرمه ولا تشربوا مسكرا وفي
الحديث دليل جواز نسخ السنة بالسنة فقد اذن في هذه الاشياء الثلاثة بعد ما كان نهى عنها
وبالاذن ينفسخ حكم النهي وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره بان كان الوعاء عتيقا يغسل
ثلاثا فيطهر كما لو تنجس الظرف بالبول او الدم فانه يطهر بالغسل ثلاثا وان كان جديدا
لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه وعن ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة كما مر في الطهارات
فيما لا ينعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير
يحكم بطهارته وحل تخليل الخمر والخل الحاصل من الخمر حلال سواء صارت خلا بنفسها او بشيء
طرح فيها وقال الشافعي التخليل حرام ثم ان كان بالقاء شيء في الخمر من ملح او خل فلا يحل
ذلك الخل قولا واحدا وان كان التخليل بغير القاء شيء فيه بان كان بالنقل من الظل الى الشمس

او بانعقاد النار بالقرب منه فله قولان في اباحة تناول ذلك الخل له ان التخليل وجب
الاجتناب وفي التخليل اقتراب منها على وجه التمول وهو ضد المامور به فيكون حراما ولهذا
لانه مبالغة في الاجتناب عنها معنى واذا كان التخليل حراما فلا يكون موثرا في الحل
كذبح الشاة في غير مذبحها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر تخلل
فتحل ويروى كالخمر تخلل اي يحلل فتحل والروايتان كالخبرين فيعمل بهما وقوله صلى الله عليه
نعم الادام الخل ولم يفصل وقوله صلى الله عليه وسلم خير خلكم خل خمركم ولان التخليل اصلاح
وهو تكثير الصفراء وكسر الشهوة والتغذية به والاصلاح مباح بالاجماع كالدباغ وكذا
الصالح للمصالح مباح كما لو تخلل بنفسه والاقتراب لابطال صفة الخمرية فكان نظير الاقتراب
للاراقة فان قيل هي نجسة العين فيحرم التصرف فيها قياسا على الميتة والبول والدم قلنا
ليس كذلك فانها ذات العصير وهو طاهر قبل التخمر والنجاسة باعتبار الشدة وما هي بعينها
بل هي وصفها وهو يقبل الزوال كالصبي في الصبي واما قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا
الخمر خلا فمعناه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل اي لا تصبغوا بها على الموائد كما يوضع الخل واذا
صارت الخمر خلا يطهر ما بازائها من الاناء تبعا للخل واما اعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر
قبل صيرورته خلا فقيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل اعلاه
بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا فانه يطهر في الحال كذا
قالوا ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به والانتفاع به لان في دردي كل شيء بمنزلة صافيه
والانتفاع بالحرام حرام فلا يدردبه وهذا لان في الدردي اجزاء الخمر ولو وقع قطرة من خمر
في ماء لم يجز شربه والانتفاع به فالدردي اولى واما الامتشاط فانه شيء يصنع بعض النساء
لانه يزيد في بريق الشعر وقد صح عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تنهى النساء عن ذلك اشد بلغ مقابله
النهي وكذا لا يجوز ان يداوي به جرحا في بدنه او يداوي في دبر دابته لانه نوع انتفاع
بالخمر والانتفاع بالخمر محرم شرعا على كل وجه وكذا لا يحل ان يسقي ذميا او صبيا للتداوي
لان الله تعالى لم يجعل في نجس شفاء والاثم على من سقاه لان الصبي غير مخاطب والاثم
ينبني على الخطاب وكذا لا يسقيها الدواب اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس كما لا يحمل الميتة

الى الكلب ولو قيد الكلب الى الميتة يجوز وكذا الفاة لا يحمل الى الهر ولكن الهر يحمل اليها
كيلا يصير حاملا للنجاسة بلا ضرورة ولو القي الدردي في الخل فلا باس به لانه يصير خلا فيطهر
الخل ان يصير خلا ان تركت كذلك فاذا غلب عليه الخل او كان يصير خلا ولكن يباح حمل الخل اليه
لا عكسه لما بينا ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لان الحد يجب بشربه
قطرة من الخمر وفي الدردي قطرات من الخمر ولنا ان وجوب الحد للزجر وشرع الزاجر فيما يميل اليه ان
الطباع والطباع لا تميل الى شرب الدردي بل تعافه اذا شربا الخمر يعاف الدردي وقليله لا
يدعو الى كثيره بخلاف الخمر فصار كغير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب على
الدردي الثفل ولو كان الغالب هو الماء لم يحد بشربه فكذا اذا كان الغالب الثفل العنب
ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم وهو حرام ولا حد عليه
لانه متعلق بالشرب بالحديث ولم يوجد ولانه للزجر والطبع لا يميل اليه ولو جعل الخمر
في مرقة ثم طبخت لا يوكل لانها تنجست بها والطبخ في الخمر لا يحلها ولا يغير الحكم الثابت فيها
كما لو طبخها في غير المرقة ولا حد فيه ما لم يسكر منه لانه مطبوخ ولان الغالب عليها غير
الخمر والمعتبر هو الغالب في حكم الحد ولو عجن الدقيق بالخمر وخبز كره اكله لان الدقيق
يتنجس بالخمر والعجين النجس لا يطهر بالخمر فلا يحل اكله ولبن الميتة وانفحتها طاهر عند ابي
حنيفة مائعة كانت او جامدة وعندهما يحكم بنجاسته جامدة كانت او مائعة وعندهما ان
كانت جامدة فهي طاهرة وتوكل اذا غسلت وان كانت مائعة فهي نجسة لانها في وعاء
نجس لتنجسه بالموت فيتنجس ظاهره ان كان جامدا وكله ان كان مائعا كما لو وقع في
وعاء نجس بعد الخروج والشافعي يحكم بنجاسة كله لما عرف من مذهبه في العظم والعصب والاجزاء
التي لا حياة فيها وله ان وعاءه ليس بنجس لانه عصب ويخرج من عصب وعصب الميتة طاهر
والبيضة التي تخرج من دجاجة ميتة ان كانت جامدة فطاهرة عندنا وان كانت مائعة فعلى
الخلاف وهي كالانفحة **فصل في طبخ العصير الاصل**
ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذف بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي
ليحل الثلث الباقي مثاله عشرة دوارق من عصير صبت في قدر ثم طبخت فذهب دورق بالزبد

فانه يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق فيحل لان ما اخذه من الزبد انتقص من اصل العصير
فيسقط اعتباره في الحساب فظهر ان الباقي تسعة دوارق فانما يصير مثلثا اذا طبخ حتى
ذهب ثلثاه ويبقى ثلثه ثلاثة دوارق واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ
بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه
من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الماء يذهب اولا ثم العصير ولا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا
يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى الثلث فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصير
والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما لو صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالطبخ ثلثاه
وبيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان
الماء اسرع ذهابا فيطبخ حتى يذهب ثلثا الكل والغلي بدفعة او دفعات سواء اذا احتمل
قبل ان يصير محرما لان ذهاب الكل هو المقصود وهو المقلل لميل الطبع المانع من دعا
القليل الى الكثير ولو قطع عنه النار حتى ذهب الثلثان حل لانه اثر النار واصل آخر وهو
ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اريق بعضه ثم طبخ الباقي حتى ذهب الثلثان فالسبيل
فيه ان يأخذ ثلث الكل فيضربه فيما بقي بعد ما انصب منه ثم يقسمه على ما بقي بعد ما ذهب
بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما خرج من القسمة فهو حلال مثاله عشرة ارطال عصير
طبخ حتى ذهب رطل ثم اريق منه ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله ثلاثة وثلثا وتضربه فيما
بقي بعد ما انصب منه وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ
منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة واذا قسمت عشرين على تسعة خرج بكل جزء
من ذلك اثنان وتسعان فعرفنا ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل وهذا لان الرطل
الذي ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة بل هو قائم ولكن تداخل اجزاؤه في اجزاء الباقي
ولهذا يغلظ الباقي فتتراجع اجزاء الرطل الى اجزاء البقية وهو تسعة ارطال فيكون مع
كل رطل تسع رطل فاذا انصب منه ثلاثة ارطال فقد انصب ثلاثة ارطال وثلاثة اتساع
رطل فيكون الباقي ستة ارطال وستة اتساع رطل ولو كان هكذا حقيقة يلزم ان يطبخ
حتى يبقى رطلان وتسعا رطل كذا هذا ووجه آخر وهو ان الذي ذهب بالطبخ ذاهب

من الحرام لانه انما طبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال
وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ وهو رطل ذهب من الحرام
والباقي تسعة ارطال والحلال منها ثلاثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل
فاذا اريق ثلاثة فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب حسا بالحلال او بالحرام
وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلاثة وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان
وتسعا رطل وان شئت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث
ولثلثه ثلث فصارت ارطال الحلال ثلاثين سهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون
وهو رطلان وتسعا رطل

كتاب الصيد

لغة الاصطياد وقد يسمى المصيد صيدا تسمية بالمصدر والاصطياد مباح لغير المحرم في غير
الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وادنى درجات الامر الاباحة وقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه والاجماع لانه نوع
اكتساب وانتفاع لما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب مجتنبا للطف في اقامة التكليف
وما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح كالكلاب والفهود والصقور والبزاة
والثاني الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

يجوز الاصطياد بالكلب المعلم
والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة كالشاهين والباشق والصقر وفي الجامع الصغير
وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع او ذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده وما سوى هذا فلا خير فيه
الا ان يدرك ذكاته فيذكيه يريد به اذا اخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه الا ان يدرك ذكاته
اعلم ان حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط منها ان يكون الصائد من اهل الذكاة
وذا بان يعقل الذبح والتسمية حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون اذا لم يعقلا الذبح والتسمية
وان يكون بدين ملة التوحيد دعوى واعتقادا كالمسلم او دعوى لا اعتقادا كالكتابي
كما مر في الذبائح وان يكون ما يصطاد به معلما وان يكون جارحا لقوله تعالى وما علمتم من
الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله وصيد ما علمتم من الجوارح وهو عطف على الطيبات
اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفي معنى الجوارح قولان احدهما ان يكون جارحا

حيثية ناب او مخلب فيكون من الجرح بمعنى الجراحة والثاني الكواسب كقوله تعالى ويعلم ما جرحتم
بالنهار اي كسبتم ويمكن حمله عليهما فيشترط ان يكون من الكواسب التي تجرح ليتعلق بالجرح بيقين والمكلب
معلم الكلاب ومؤدبها ثم عمّ كل من ادب جارحة بهيمة كانت او طائرا ومعنى قوله مكلبين معلمين
اياها الصيد تعلمونهن تؤدبونهن لطلب الصيد وتعلمونهن حال ثانية او استينافي مما علمكم الله
من علم التكليب والسباع كلها جوارح وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا
يتعلمان ولا يعملان لغيرهما اما الاسد فلعلو همته واما الدب فلخساسته والحق بعضهم الحداه
بها لخساسته واما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لانه نجس العين وكان الانتفاع به محرما
وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته كذا
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ان يضرب حتى يدع الاكل
وبدن البازي لا يحتمل الضرب فيتعذر تحقيق هذا الشرط فيه فاقيم مقامه ما يدل عليه وهو
الاجابة عند الدعاء ولان الكلب الوف وعلامة علمه ان يأتي بما يخالف طبعه واجابة صاحبه
اذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون ذلك علامة علمه بل علامة علمه ترك الاكل مع حاجته اليه
لان الافتراس لنا ولطبع الكلاب والسباع والتعليم تبديل الطبع بالنقل الى غيره ليصير
الكلب ... بعد ان كان انتهابا وذا في ترك الاكل ليتبدل ما هو مقصود في طبعه بضده
والبازي متنفر بطبعه فاجابته صاحبه اذا دعاه يخالف طبعه فيكون علامة علمه دون ترك
الاكل ولكن هذا الفرق لا يتاتى في الفهد فانه متنفر كالبازي والحكم فيه وفي الكلب سواء في
هو الاول وشرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عند ابي يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة لان المعلم
يرسل الصيد على صاحبه وترك الاكل يحتمل ان يكون للشبع وقد يكون للامساك على صاحبه فاذا
ترك الاكل على مرارا اعلم انه معلم يمسكه على صاحبه وانما قدر بالثلاث لانه حسن للاختبار كما
في قصص الاخبار الا ترى الى قول صاحب موسى عليه السلام في الثالثة هذا فراق بيني وبينك
وتقدير مدة الخيار وامهال المرتد والمنحر وقال صلى الله عليه وسلم اذا استاذن احدكم ثلاثا
فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح احدكم في تجارته ثلاث مرات فليتحول الى
غيرها ولان الكثير يكون امارة على العلم لا القليل والكثير ما يثبت بالجمع والثلاث اقله فيتقدر به

واما ابو حنيفة فلم يوقت فيه وقتا ولكنه فوض الى اجتهاد صاحبه فان كان اكبر رايه انه صار
معلما فهو معلم لان نصب المقادير لا يكون بالرأي اذ لا مدخل للقياس في معرفته فيفوض الى
راي المبتلى به لما عرف من اصله في جنس هذه المسائل وعلى الرواية التي فيها راي حنيفة بالثلث
لو كل الصيد الثالث عنده وعندهما لا يؤكل الثالث لانه انما حكم بكونه معلما حين ترك الاكل
والثالث فكان الثالث صيد كلب غير معلم فيحرم كالتصرف المباشر في سكوت المولى فانه يثبت
لان به يحصل الاذن وله ان الحكم بكونه معلما عند امساك الثالث على صاحبه وقد امسك
على صاحبه بعد ارسال صاحبه فكان صيد كلب معلم فحل التناول منه كالرابع بخلاف ما ذكرا
لان الاذن اعلام فلا يكون بغير علم العبد وذا بعد مباشرة وسكوت سيده وان يرسله وان
يسمي عنده حتى اذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد
وجرحه ومات حل اكله والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل
فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان التذكية انما تكون موجبة للحل
اذا حصلت من الادمي فلا بد من جعل آلة الصيد ما بيده عن الادمي ليحصل الحل بفعله وذا
فيها لا يكون الا بالارسال واشتراط كونه معلما ليتحقق الارسال فينزل منزلة الرمي وامرار
السكين فلا بد من التسمية عنده يؤيده قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله
عليه والامر للوجوب ولا وجوب عند الاكل فدل ان المراد به عند الارسال ولو ترك
التسمية ناسيا حل لما مر في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية
وهو الجرح في اي موضع كان من البدن وقد مر من قبل وعن ابي يوسف انه لا يشترط وان الجارح
بالكاسب وان يمسكه على صاحبه حتى لو اكل منه الفهد او الكلب حرم اكله وقال مالك والشافعي
في القديم لا يحرم اعتبارا بالبازي فانه لو اكل منه البازي لا يحرم ولنا قوله تعالى فكلوا مما
امسكن عليكم وحين اكل منه تبين انه امسك على نفسه وكان القياس في البازي كذلك وهو احد قولي
الشافعي ولكنا تركناه باثر ابن عباس رضي الله عنهما ولان البازي لا يمكن تعليمه بترك الاكل
لانه لا يحتمل الضرب فاكتفي بالاجابة اذا دعاه بخلاف الكلب ولو صاد صيودا ولم ياكل منها

فان انما امسك على نفسه

لا على صاحبه والنبي صلى الله عليه وسلم ... ان ... لعدي ... فان اكل منه فلا تاكل ... فانما امسكه على نفسه

ثم اكل من صيده لا يؤكل هذا الصيد لان علامة العلم فيه ترك الاكل وكان اكله علامة الجهل ولا
ما يصيده بعده حتى يصير معلما عنده باجتهاد الكلاب وعندهما بترك الاكل ثلاثا كما مر في الابتداء فاما
الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها فلا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز بان كان
في المفازة بعد تحرم اتفاقا وما هو في بيته يحرم عنده وعندهما لا يحرم لهما انا حكمنا بالحل في الصيود
المأخوذة واكله من هذا الصيد محتمل قد يكون لفرط الجوع مع كونه معلما وقد يكون لامساكه
على نفسه وكونه غير معلم وقد صار محكوما به فلا يبطل بالشك ولابي حنيفة انا قد حكمنا بكونه جاهلا
حتى حرمنا هذا الصيد الذي اكل منه والذي اخذه بعده ما لم يصر معلما لانا انما حكمنا بذلك
بنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل ولا يرد ليتبين في
نقض ما امضي بالاجتهاد والحل في الصيود المحرزة حكم امضي بخلاف غير المحرز لبقائه صيدا
من وجه بواسطة عدم الاحراز فحرم احتياطا وله انه ابن جهله في الابتداء لان هذه
حرفة في الكلب ولا ينسى اصلها ويحتمل ان ينسى دقائقها بالترك زمانا كالخياطة ونحوها
في الادمي ولما وجب الحكم بكونه جاهلا في الحال تبين انه لم يكن معلما وانه انما ترك الاكل للشبع
حتى لم يترك حين كان جائعا وهذا الاكل وان كان مجتهدا ولكنه تبين انه لكونه غير معلم بدليل
شرعي حيث حرم تناول هذا الصيد وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود انما
يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو فرّ صقر من صاحبه فمكث حينا
ثم عاد فصار لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد
ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه دليل على علمه حيث امسك على صاحبه ما يريده صاحبه
وتناول ما لا يريده ولو اخذ صاحب الكلب الصيد منه واخذ قطعة والقاها اليه واكلها
يؤكل ما بقي لانه قد امسك على صاحبه حتى لم ياكل منه مع حاجته وتناوله بعد القطع بعد وصول
الصيد الى يد صاحبه كتناوله قطعة القاها اليه صاحبه بل ذلك كذلك جزاءه حيث تناول ما يعلم
ان صاحبه لا يرغب فيه فهو كما لو شرب من دمه وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان
يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات حرم اكله وكذا البازي والسهم وهذا لانه قدر على ذكاة الاختيار
مع القدرة عليها وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع بيده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق

ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يؤكل وهو قول الشافعي
لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يبطل حكم البدل وههنا
لم يقدر على الاصل فصار كالمتيمم اذا وجد الماء وبينه وبين الماء سبع او عدو ووجه
الظاهر ان ذكاة الاضطرار انما تعتبر اذا لم يقع في يده حيا وهذا قد وقع في يده حيا
فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه وصار كشاة سقطت ولم يتمكن من ذبحها حتى ماتت
بخلاف ما لو بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح فانه ميت حكما ولهذا لو وقع وهو ميت
واذا كان ميتا حكما لا يكون محلا للذبح وقال بعض المشايخ ان لم يتمكن لفقد الآلة
لم يؤكل لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان لم يتمكن لضيق الوقت
لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل يحل استحسانا وهو قول الشافعي لانه لم يقدر
على الاصل لضيق الوقت فبقيت ذكاة الاضطرار موجبة للحل وبالاستحسان اخذ القاضي
فخر الدين خان ولنا انه بالوقوع في يده لم يبق صيدا فلم يعتبر حكم ذكاة الاضطرار فيه وهذا
اذا كان يتوهم بقاؤه حيا مع الجرح الذي جرحه الكلب اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه
ثم وقع في يد صاحبه حيا فمات حل اتفاقا لانه استوفى فيه فعل الذكاة قبل وقوعه في يده
وما بقي فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع
الاوداج والحلقوم لم يحرم بذلك كذا هذا وقيل هذا قول ابي يوسف ومحمد فاما
عند ابي حنيفة فلا يحل وهو القياس لانه وقع حيا فلا يحل بدون ذكاة الاختيار كالمتردية
وهذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو ذكاه حل عند ابي حنيفة لانه ان كانت فيه حياة
مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة
ذكاته الذبح وقد وجد وعندهما حل بلا ذبح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والتي
بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة يحل اذا ذكاه وعليه الفتوى لقوله تعالى
الا ما ذكيتم مطلقا بلا فصل ولان المقصود تسييل الدم النجس بفعل الذكاة وقد حصل
وعند ابي يوسف ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته مضافا الى الذبح وعند محمد
ان كان يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن فوق ما يعيش المذبوح والا لا لانه لا عبرة لهذه الحياة

هذا اذا ادركه واخذه فان ادركه ولم ياخذه فان كان وقت لو اخذه يمكنه ذبحه حرم لانه
في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه حل لعدم ثبوت اليد والتمكن من الذبح وان كان
ادركه في حال لو اخذه ذكاه حل لما بينا ولو ارسل كلبه على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فقتل
الكل حل بالتسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما مر حتى تشترط التسمية عنده والفعل
واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ما لو ذبح اثنين بتسمية واحدة لان الثاني يصير مذبوحا بفعل
اخر فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخر فذبحهما بمرة واحدة حلا بتسمية واحدة
ومن ارسل فهدا فكمن الفهد حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله اكل لانه به يتحقق ما
قصده بالارسال فلا ينقطع به فور الارسال وكذا الكلب اذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد
وقال شمس الائمة السرخسي نافلا عن شيخه للفهد خصال ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك منه
منها انه يكمن للصيد حتى يتمكن منه وهذه حيلة منه للصيد فينبغي للعاقل ان لا يجاهر بالخلاف
في عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل غرضه من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يتعلم بالضرب ولكن
يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وكذا ينبغي للعاقل ان يتعظ بغيره كما
قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها انه لا يتناول الخبيث وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب
وكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب ومنها انه يثب ثلاثا او خمسا فان لم يتمكن من الصيد
والا تركه ويقول لا اقتل نفسي فيما اعمل لغيري وهكذا ينبغي لكل عاقل وان اخذ الكلب صيدا
فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قد صح من المسلم فما
ياخذه في وجه ارساله وهو ممسك على صاحبه يكون حلالا وهو كالرمي سهما فاصابه
واصاب اخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا ثم مر به صيد اخر فاخذه لم يؤكل الثاني لان فور
الارسال انقطع حيث جثم على الاول طويلا بعد ما ارسله صاحبه في حق الصيد الثاني
وهو شرط الحل ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله
اكل لان من عادة البازي ان يقع على شيء وينظر الى صيده ليتمكن من اخذه وهذا اذا لم يمكث
زمانا طويلا للاستراحة كما مر في الجثوم واما اذا مكث ساعة ليتمكن كما مر في الفهد والكلب
ولو اخذ البازي المعلم صيدا فقتله ولم يدر ارسله انسان ام لا حرم لان الاباحة لا تثبت

بدون

بدون الارسال وقد وقع الشك في الارسال وان خنقه الكلب ولم يجرحه او صدمه بجثته لم يؤكل
لما بينا ان الجرح شرط في ظاهر الرواية وهذا يشير الى انه لا يحل بالكسر لان المعتبر هو الجرح الذي هو
سبب لانهار الدم ولم يوجد ذلك بالكسر فصار كالخنق وحكى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه اذا
كسر عضوا فقتله حل لان الكسر جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة ولو ارسل المسلم الكلب على
صيد فشاركه فيه كلب غير معلم او كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا او كلب مجوسي لم يؤكل
لما روينا في حديث عدي بن حاتم ولان الصيد صار ماخوذا بالكلبين والاصل انه متى اجتمع
موجب الحل وموجب الحرمة يغلب موجب الحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال
والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال ولان الحرام واجب الترك فكان الاحتياط في الترك ولو
رد الصيد عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول كره اكله لوجود المشاركة في
الاخذ وعدمها في الجرح ثم قيل كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس الائمة
الحلواني ولو رد الصيد على الكلب مجوسي من جانب فلا باس باكله لان فعل المجوسي ليس من جنس
فعل الكلب فلم تثبت المشاركة فكان الصيد ماخوذا بالكلب الذي ارسله المسلم فكان حلالا
فاما فعل الكلب الذي لم يرسله صاحبه من جنس فعل الكلب الذي ارسله فتحقق به المشاركة
ويجتمع في الصيد الموجب للحل والموجب للحرمة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول ولكنه اشتد
على الاول حتى اشتد فاخذه وقتله حل لان فعله لم يؤثر في الصيد وانما اثر في الكلب
المرسل لانه ازداد به طلبا فلا يضاف الاخذ اليه فعله ولو ارسله مسلم فزجره مجوسي
فانزجر بزجره حل ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم وسمى فانزجر حرم اكله والمراد بالزجر الاغراء
بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب والفرق ان الزجر دون الارسال
لانه بناء عليه والشيء انما يرتفع بما هو مثله او فوقه كما عرف في النسخ في اصول الفقه ففي المسألة
الاولى ارسال المجوسي محرم فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه وفي المسألة الثانية ارسال المسلم
موجب للحل ولا يرتفع بزجر المجوسي لانه دونه وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك
التسمية عمدا في هذه المنزلة اي في منزلة المجوسي حتى لو ارسل صيدا وسمى ثم زجره من لم يسم يؤكل
وعكسه لا يؤكل وعلى هذا غيره وان لم يرسله احد ولكنه انبعث الكلب او البازي على اثر الصيد

بغير ارسال لا يحل لانه شرط وجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلك منه كانه ارسله ابتداء
الارسال فان فعل الزجر بناء على الانفلات وكان الزجر دون الانفلات والشيء لا يرتفع بما هو
دونه كما في الارسال والزجر فلهذا الزجر الانفلات لانه ان كان فوقه بحيث السبق فهو دونه
وحيث انه فعل غير المكلف فاستويا فصلح ناسخا له اما الارسال فهو سابق وفعل المكلف والزجر
لاحق وان كان فعل المكلف فكان دونه فلا يرتفع به ولو ارسل المسلم كلبه وسمى فادرك الكلب
صيدا فضربه فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله اكل ولو ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الاخر اكل
لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح خارج عن حد التعليم فصار كان القتل حصل بفعل واحد
ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه كلب احدهما ثم قتله كلب الاخر يوكل لما بينا
ان جرح الكلب بعد الجرح مما لا يمكن الاحتراز عنه فصار كانه حصل بفعل واحد والملك للاول
لانه اخرجه من ان يكون صيدا غاية ما في الباب ان ضرب الثاني حصل بعد الخروج عن الصيدية
الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال
فلهذا لا يحرم حتى لو كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الاول فجرحه
الثاني ومات لا يحل ولو ارسل كلبه على صيد فلم ياخذه واخذ غيره حل لان المشروط
بالنص الارسال دون التعيين والزيادة على النص نسخ وقال مالك والثوري لا يحل لانه
لم ياخذ ما ارسل عليه واخذ ما لم يرسل عليه فكان ماخوذا بغير ارسال اذ التعيين
شرط عندهما قلنا لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اشتراطه ومن
سمع حسا فظنه صيدا فارسل كلبه او بازيه عليه او رماه بسهم فاصاب صيدا ثم تبين
ان المسموع حسه كان صيدا ماكولا او غير ماكول حل ما اصابه وعن ابي يوسف انه ان كان
حس سبع سوى الخنزير اكل الصيد وان كان حس خنزير لم يوكل لانه مغلظ في التحريم
حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه فسقط حكم فعله اصلا بخلاف سائر السباع لان الانتفاع
بها مطلقا لا من جهة الاكل فكان الفعل معتبرا وقال زفر ان كان حس صيد لا يوكل لحمه
كالسباع ونحوها لم يوكل لان الارسال على السبع لا يتعلق به حكم الاباحة في الاكل فصار
هو والذي في ذلك سواء ولنا ان الاصطياد لا يختص بماكول اللحم بدليل قول الشاعر

صيد الملوك ارانب وثعالب ۞ واذا ركبت فصيدي الابطال ۞ وكان الارسال
اصطيادا لم تثبت الاباحة متعلقا بالمحل فيثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا يثبت
اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره بخلاف ما لو تبين
انه حس ادمي او حيوان اهلي حيث لا يحل المصاب لان الارسال ليس باصطياد ولو
علم ان المرمي اليه طير داجن ياوي البيوت لم يحل لان الرمي اليه كالرمي الى الشاة لانه ماوى
البيوت وقد تثبت اليد عليه والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى طيرا فاصاب صيدا
فذهب المرمي ولم يدر انه وحشي او مستانس اكل الصيد لان الاصل في الطير التوحش
فيتمسك به حتى يعلم الاستيناس ولو رمى بعيرا فاصاب صيدا ولم يعلم ان البعير ناد
او غير ناد لم يوكل الصيد حتى يعلم ان البعير كان نادا لان الاصل في الابل الاستيناس
فيتمسك به حتى يعلم غيره ولو رمى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف
لان المرمي صيد وفي رواية عنه لا يحل لانه لا ذكوة لهما والاصطياد خلف عن الذكوة
ولو سمع حسا فظنه آدميا فاصاب السهم المسموع حسه فاذا هو صيد اكل لانه لا عبرة
لظنه مع تعينه **فصل في الرمي** اعلم ان الاصطياد كما يجوز
بالجوارح المعلمة يجوز بالرمي لاطلاق قوله تعالى فاصطادوا واذا سمى الرجل عند الرمي
اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه بالرمي يصير ذابحا اذ السهم آلة له فيشترط
التسمية عند الرمي وكل البدن محل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من الجرح ليتحقق الذكوة
الاضطرارية لما مر فان ادركه حيا ذكاه لانه قدر على ذكاة الاختيار فلا يحل بذكوة
الاضطرار لانها لا تزيل كل الدم وان ترك تذكيته حتى مات حرم وقد مر وجوههما
والاختلاف فيه في الفصل الاول فلا نحتاج الى الاعادة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل
حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه حل استحسانا والقياس ان لا يحل وهو قول
الشافعي لاحتمال انه مات بسبب آخر ولنا انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار
وحش عقير فتبادر اصحابه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل

البهزي

فقال هذه رميتي وانا في طلبها وقد جعلتها لك فامر النبي صلى الله عليه وسلم ابا بكر فقسمها بين الرفاق ولان الاحتراز عنه غير ممكن لان الاصطياد غالبا يكون في المفاوز والبراري فلابد من التواري فامكناه اذا لم يقعد عن طلبه للضرورة وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يحل لانه صلى الله عليه وسلم كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته تركه
ولان الطلب مما يستطاع الامتناع عنه والثابت بالضرورة لا يعدو مواضعها وما رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل واذا بات ليلة لا يحل وكذا قول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما اصميت ودع ما انميت لان الاصماء ان ترميه فيموت من فوره والانماء ان يتوارى عنه ثم يموت الا ان المراد به اذا توارى عنه وقعد عن طلبه فاما اذا لم يقعد عن طلبه فلا يحرم لما بينا ان ما لا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو ولو وجد به جراحة اخرى سوى جراحة سهمه لا يحل لانه ظهر لموته سببان احدهما موجب للحل والاخر موجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة مع ان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا والجواب في هذا الحكم
في ارسال الكلب كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا واذا رمى صيدا فوقع في الماء او على سطح او على جبل فتردى منه الى الارض حرم لانه المتردية وقد ذكرها الله تعالى في جملة المحرمات ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من علو الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لعدي اذا وقعت رميتك في الماء فانك لا تدري الماء قتله ام سهمك ولو وقع على الارض ابتداء حل اكله لان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفوا بخلاف الوقوع في الماء والتردي من الجبل لانه يستطاع الامتناع منه فصار الاصل ان سبب الحل والحرمة اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه فيما يمكن التحرز عنه او وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع
الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة او على حرف آجرة لاحتمال القتل بهذه الاشياء ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما بينا او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان الموضع الذي وقع عليه بمنزلة الارض وذكر في المنتقى انه اذا وقع الصيد على صخرة فانشق بطنه فمات لم يؤكل وليس هذا باحد

٥٦

في الصحاح بل نراه مما ذكر في المنتقى اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة ومراده مما ذكر في الاصل انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو لانه لا يستطاع الامتناع عنه وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما لو وقع غير المائي في الماء ولا يؤكل ما اصابه المعراض بعرضه لقوله صلى الله عليه وسلم ما اصابه المعراض بحده فكل وما اصابه بعرضه فلا تأكل ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لان الذكاة اسم لما هو فاعل جارح يكون الموت بانهار الدم وكانت موقوذة وهي حرام بالنص والبندقة قد تقتل بالدق والكسر لا بالجرح وكذا ان رماه بحجر وكذا ان جرحه اي اذا كان ثقيلا وبه حدة لانه يحتمل انه قتل بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة حل لان الموت بالجرح لزوال الاحتمال وان كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة حل لان القتل بالجرح ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا حرم لان القتل بالدق وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع ولعله مات قبل قطع الاوداج فلا يحل بالشك ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله حرم لانه قتله ثقلا لا جرحا الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ يحل لانه كالسيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا اضيف الى الجرح قطعا حل الصيد وان اضيف الى الثقل قطعا حرم وان وقع الشك ولم يدر انه مات بالثقل او بالجرح حرم احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفاء السكين او بمقبض السيف حرم لان القتل بالدق والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه فمات بالجرح ان كان الجرح مدميا حل اتفاقا وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس في العروق لضيق المنفذ او لغلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار والمشروط لا يوجد عند عدم الشرط وعند بعضهم ان كانت الجراحة كبيرة حل بلا ادماء لان عدم خروج الدم لعدم الدم فلا يكون مقصرا وان كانت صغيرة لا يحل لان عدم خروج الدم لضيق المنفذ لا لعدم الدم ولو ذبح شاة ولم يسل الدم منها وقد يكون ذلك اذا اكلت العناب فقال ابو القاسم الصفار لا تؤكل لعدم معنى الذكاة وهو تسييل الدم

واللحيين
وقال ابو بكر الاسكاف يحل لوجود فعل الذكاة قال صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة
وان اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فقتله حل ان ادماه لان ما هو المقصود وهو تسييل الدم
قد حصل والا لا يوكل لان تسييل الدم النجس لم يحصل وان رمى صيدا فقطع عضوا منه ومات
اكل الصيد لما بينا ولا يوكل العضو لقوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت وهذا اذا
ابان شيئا يبقى المبان منه حيا بدونه عادة كاليد والرجل والفخذ وثلثه مما يلي القوائم والاقل
من نصف الراس ولو قده نصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع راسه او نصف راسه
او اكثر منه حل المبان والمبان منه اذ لا يتوهم بقاء حيا بعد هذا وكان قتلا وهذا لان عندنا
وعند ان يبقى يحل المبان والمبان منه في الوجوه كلها اذا مات الصيد لان الفعل وقع ذكاة
فظهر اثره في الكل كما في ذكاة الاختيار ولنا ما روينا وقد ذكر الحي مطلقا فانصرف الى الحي
حقيقة وحكما ليكون حيا في كل وجه وفي النوع الاول المبان منه حي حقيقة لوجود الحياة فيه
وحكما لانه يتوهم حياته بدون هذه الاعضاء وقد اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة
بهذه الصفة يحرم اما في النوع الثاني فالمبان منه حي صورة لا حكما فانه لا يتوهم بقاء الحياة
فيه بعد هذا الجرح حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة او تردى من جبل او سطح لا يحرم
والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث قوله الفعل وقع
ذكاة قلنا حكم الذكاة انما يظهر في المحل عند خروج الروح فاذا ابين طرف منه والباقي حيا
لم يقع الفعل ذكاة فاذا خرج منه الروح وصار ذكاة لم يظهر في الجزء المنفصل لان ظهور
حكم الذكاة في الاجزاء على سبيل التبعية وقد بطلت بالانفصال فلما حل ان المبان من الحي
حقيقة وحكما حرام والمبان من الحي صورة لا حكما حلال وذلك ان يبقى في المبان منه حياة
بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما لما بينا ولو ضرب عنق شاة فابان راسها
حل لوجود قطع الاوداج ويكره لانه بلغ النخاع وان ضربها من قبل القفا ومات قبل قطع
الاوداج حرم وان بقي حيا حتى قطع الاوداج حل ويكره لما مر في الذبائح ولو قطع صيدا
فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال حل اكله وان بان لان هذا
جرح وليس بابانة فكان كسائر اجزائه وان كان لا يتوهم اتصاله بعلاج بان بقي متعلقا بجلده

حل

حل ما سواه لا هو لوجود الابانة معنى والاعتبار للمعنى لا للصورة ولا يوكل صيد المجوسي
والوثني والمرتد لانه ليس من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا بخلاف الكتابي
لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه
من حيز الامتناع فرماه اخر فقتله فهو للثاني لانه صيد بعد وقال صلى الله عليه وسلم الصيد
لمن اخذه ويوكل لان الصيد يحل بذكاة الاضطرار وان كان الاول اثخنه فرماه فقتله فهو للاول
ولم يوكل لاحتمال موته بالثاني وهو ليس بذكاة لانه لم يبق صيدا فلا يحل بذكاة الاضطرار
للقدرة على ذكاة الاختيار وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد حتى يكون
الموت مضافا الى الرمي الثاني بحال لا ينجو منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة بقدر ما يبقى في
المذبوح كما لو ابان راسه يحل لانه الموت لم يضف الى الرمي الثاني فكان وجوده وعدمه
بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحياة اكثر مما
يكون في المذبوح بان كان يعيش يوما او دونه فعند ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية
لانه لا عبرة بهذا القدر من الحياة كما مر قبل هذا في المجروح اذا ذبح وهذه الرواية
تخالف رواية مختلف الرواية وعند محمد يحرم لان لهذا القدر من الحياة عبرة عنده لما عرف
من مذهبه فصار الجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء
ولا يحل ويضمن الاول للثاني قيمته غير ما نقصته جراحته لان الاول ملكه بالاخذ حيث
اثخنه فهو قد اتلف صيدا مملوكا له منقوصا بجراحته فلا يضمنه كملا لان قيمة المتلف
تعتبر يوم الاتلاف كما لو قتل عبدا مريضا وهذا اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان
الرمي الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل
كله مضافا الى الثاني وان علم ان الموت حصل من الجرحين او لم يدر ضمن الثاني ما نقصته جراحته
لانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجرحين لحصول الموت
بالجرحين فكان متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصفه مجروحا بالجرحين لان الاول لم يكن
بصنعه وقد ضمن الثاني مرة فلا يضمنه ثانيا ثم يضمن نصف قيمة لحمه ذكيا لانه بالرمي الاول
صار بحال يحل بذكاة الاختيار لو لم يكن رمي الثاني فهو بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه

ولا يصير الصيد الآخر لأنه قد ضمنه من قبل وإن اصطاد آخر وقد جرحه صار الملك فيه وإن رماه الأول
فأصابه فالجواب فيه لو كان الرامي غيره وصار كما لو رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا
فأنزله فإنه يحرم لأن الثاني محرم وكذا هذا ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل
لإطلاق قوله تعالى وإذا حللتم فاصطادوا ولأن في اصطياده تحصيل منفعة جلده أو
شعره أو ريشه أو دفع أذاه عن الناس وكان مشروعا وعاد صيدا لهذه المنافع رميا صيدا
معا أو متعاقبا وأصاباه معا فهو لهما وحل لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح وأصابه
الرميتان معا فاستويا في سبب الملك وذا يوجب المساواة في الملك ويعتبر لكل واحد منهما وحل
مثل للصيد فحل بتناولهما وإن رميا معا فسبق أحدهما فهو له لأنه أول محرز وقال زفر لا
يحل لأن الأول أخرجه من الصيدية وقد مات بالجرحين وجرح الثاني ذكاة اضطرارية بعد
ما صارت ذكاته ذكاة اختيارية فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم كما لو تعاقبا في الرمي والإصابة
ولنا أن فعل كل واحد منهما يوجب الحل لأنه رمى إلى صيد والمعتبر في الحل وقت الرمي
لأن الحل بالذكاة وهي فعل المذكي وفعله الرمي فأما في الملك فالعبرة لوقت الإصابة لأن الملك
يثبت بالإحراز وإحراز الصيد بالإصابة دون الرمي ولم يضمن الثاني لأن المعتبر في الضمان
حالة الرمي وحالة رمي الثاني كان الصيد مباحا فلم ينعقد الرمي سببا للضمان وإرسال
كلبيهما وبازيهما مسألة في الحل والملك أرسل بازا فأخذ الصيد وأمسكه بمخلبه ولم يثخنه فقتله
بازي الثاني فالصيد للثاني وحل لأن يد البازي الأول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك
أما الفهد فهو آلة والبازي من أهل الإتلاف فينتقل إلى صاحبه وقد رمى صيدا فأصاب
سهما موضوعا على حائط فدفعه ومضى السهم الثاني وأصاب الصيد وقتله حل لأن اندفاع
السهم الثاني بواسطة السهم الأول فأضيف إلى الرامي فكأنه رماه به ولو رمى سهما إلى الصيد
ورمى رجل آخر فأصاب السهم الثاني السهم الأول وأمضاه حتى أصاب الصيد وقتله جرحا
إن كان السهم الأول بحال يعلم أنه لا يبلغ الصيد بدون الثاني فالصيد للثاني لأنه الآخذ حتى لو
كان الثاني مجوسيا (أو محرما) لا يحل وإن كان السهم الأول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد
للأول لأنه سبق في الأخذ وهو كاف بنفسه فإن كان الثاني محرما أو مجوسيا لا يحل استحسانا

لأنه أوجب زيادة فوق الأول فأوجب الحرمة احتياطا مجوسي رمى صيدا أو أرسل كلبه فأقبل
الصيد هاربا فأزعجه بسهمه أو كلبه فرماه مسلم أو أرسل كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي
على الأرض وقبل رجوع كلبه كره لأن فعل المجوسي أعانه لأنه لولا فعله لما قدر المسلم على صيده
بهذا الرمي والشركة توجب الحرمة فالإعانة توجب الكراهة أما إذا فعل ذلك بعد وقوع سهم
المجوسي على الأرض أو بعد رجوع كلبه فإنه لا يكره لأن فعل المجوسي لم يبق حالة رمي المسلم
أو إرساله رمى سهما إلى صيد فردته الريح عن سننه حل لعدم إمكان الاحتراز عن ذلك

كتاب الرهن

يقال رهنت الرجل الشيء ورهنته عنده
وارتهنه لغة ورهنته ضيعتي فارتهنها مني أي أخذها رهنا والرهن المرهون تسمية
بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن ذكره بهما والرهين والرهينة الرهن أيضا
والتركيب دال على الثبات والدوام وهو في اللغة جعل الشيء محبوسا أي شيء كان
بأي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما كسبت من
المعاصي وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون حتى لا
يصح إلا بدين واجب ظاهرا وباطنا فأما بدين معدوم فلا يجوز إذ حكم ثبوت يد الاستيفاء
يتلو الوجوب فإن قيل الرهن يجوز بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه
ولا دين قلنا الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين
ولهذا تصح الكفالة به والإبراء عن الضمان حال قيام العين ولولا أن الموجب الأصلي
هو القيمة لما صح لأن الإبراء عن العين أو الكفالة لا تصح وعند البعض يصح وعند البعض
وإن كان الموجب الأصلي رد العين ترد القيمة مخلص فوجبت القيمة عند هلاك العين
بالغصب إن يتطرق الاستناد ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود
سبب وجوبه فيصح كالكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المغصوبة بالهلاك
بخلاف الوديعة فإن الحوالة المقيدة بها تبطل بالهلاك وثبتت شرعيته بالكتاب وهو قوله
تعالى فرهان مقبوضة وبالسنة فقد اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاما
نسيئة ورهن درعه وعليه إجماع الأمة ولأنه وثيقة لجانب الاستيفاء فصار كالوثيقة

في جانب الوجوب وهي للكفالة والحوالة فانهما تختصان بالذمة التي هي محل الوجوب اذ
الذمة تصير مضمومة الى الذمة في المطالبة او يتحول الدين من ذمة الى ذمة اصلا من
الاول والرهن عقد وثيقة بمال والمال محل لاستيفاء الدين منه ويتم بالايجاب والقبول
والقبض قالوا الركن مجرد الايجاب لان الرهن عقد تبرع اذ الراهن لم يستوجب بما
اثبت للمرتهن من اليد شيئا على المرتهن فيتم بالبلوغ كالهبة والصدقة واختلفوا في القبول
فقال بعضهم انه شرط وظاهر ما ذكر في المحيط يشير الى انه ركن فانه قال في الايمان الاجارة
بدون القبول ليست باجارة وكذا الرهن حتى لا يحنث من حلف لا يوجر او لا يرهن بدون
القبول وهكذا ذكر في المنتقى واما القبض فشرط اللزوم وقال بعض اصحابنا
هو شرط الجواز وقال مالك يلزم الرهن بالايجاب والقبول لانه عقد يختص بالمال من الجانبين
فاشبه البيع ولانه وثيقة بالدين بمنزلة الكفالة والحوالة فيلزم بالقبول والخلاف معه
بناء على الخلاف في الهبة والصدقة ولنا ما تلونا والمصدر اذا ذكر بحرف الفاء في موضع
الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى فضرب الرقاب وكان هذا امرا بالرهن بهذه الصفة
فهي جوازه بدون هذه الصفة ولانه عقد تبرع لانه شرع وثيقة بالدين والوثائق ليست
بواجبة التحصيل ولهذا لا يجبر عليه والتبرع لا يفيد حكما الا بامضاء كالتبرع بالاعتاق
هبة او صدقة واذا قبض المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض على
الكمال فلزم العقد وقوله محوزا اي مقسوما وهو احتراز عن رهن المشاع فانه لا
يجوز عندنا وقوله مفرغا اي عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع
للراهن وقوله مميزا اي لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما لو رهن الثمر على
راس الشجر دون الشجر لان المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كان بيع في ظاهر
الرواية قبض الرهن يثبت بالتخلية كما في البيع لانه قبض بحكم عقد مشروع بمنزلة قبض المبيع
وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة
الغصب فكما ان المغصوب لا يصير مضمونا بالتخلية فكذا المرهون بخلاف الشراء لان
قبضه ناقل للضمان من البائع الى المشتري الا ان يكون موجبا للضمان ابتداء والاول اصح لان

لان حقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية فالقبض الموجب ليد الاستيفاء اولى ان يثبت بالتخلية ما لم يقبضه
فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما مر ان اللزوم بالقبض اذ المقصود
اضجار الراهن ليسارع الى قضاء الدين وذا لا يحصل الا بثبوت يد المرتهن على الرهن ومنع الراهن
عنه فاذا سلمه اليه وقبضه دخل في ضمانه بالقبض وقال الشافعي انه امانة ولا يسقط شيء من
الدين بهلاكه وبه قال مالك لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه
وزعم ان معنى قوله لا يغلق اي لا يصير مضمونا بالدين وقوله لصاحبه غنمه اي زوائده
تكون له وعليه غرمه اي لو هلك يهلك على الراهن ولان الرهن وثيقة بالدين فهلاكه لا يسقط
الدين كما لا يسقط بهلاك الصك وموت الشهود وهذا لان بعقد الوثيقة يزداد معنى
الصيانة فلو قلنا بانه يسقط دين المرتهن بهلاكه لكان ضد ما اقتضاه العقد لان الحق
يصير بعرض التوى وذلك ضد معنى الصيانة الا ترى ان ما زاد على قدر الدين امانة
في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يجوز ان يثبت حكم الضمان بهذا القبض في البعض دون
البعض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لرجل ارتهن فرسا فنفق عنده له على اخر فهلك عنده ذهب
حقك ولا يجوز ان يراد به ذهب حقك في الحبس لانه محبوس لا يحتاج الى البيان لانه ذكر
الحق معرفا بالاضافة فيراد به المنكر الذي سبق ذكره كقوله تعالى فعصى فرعون الرسول
وقوله صلى الله عليه وسلم اذا عمي الرهن فهو بما فيه اي اذا اشتبهت قيمة الرهن
بعد الهلاك بان قال الراهن لا ادري كم كانت قيمته وقال المرتهن كذلك فهو بما فيه
من الدين واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون وان اختلفوا في كيفيته
فقال ابو بكر وعلي رضي الله عنهما مضمون بالقيمة وقال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما
مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وقال ابن عباس رضي الله عنهما هو مضمون بالدين
قلت قيمته او كثرت وهو قول شريح فالقول بالامانة خرق للاجماع ولم يبق احد من اهل
اللغة في قوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن نفي الضمان عن المرتهن وذكر الكرخي
عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما انهم اتفقوا على ان المراد به لا يحبس عن المرتهن
احتباسا لا يمكن فكاكه بان يصير مملوكا للمرتهن والدليل عليه ما روي عن الزهري ان اهل الجاهلية

يرهنون ويشرطون على الراهن انه ان لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فابطل
رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله لا يغلق الرهن فقيل لسعيد بن المسيب اهو قول الرجل
ان لم اتك بالدين الى وقت كذا فالرهن بيع بالدين فقال نعم ولان الثابت للمرتهن ملك اليد
والحبس لا ينبئ عن الحبس الدائم قال الشاعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن
اي ارتهنت قلبه فذهبت به واحتبس قلبه عندها على وجه لا انفكاك له فدل انه يوجب حبس
الرهن بالدين دائما وذا انما يكون بملك الحبس واليد وذا لا يكون الا بالضمان وهذا كالكفالة
والحوالة فانهما للضم والنقل لغة ولضم الذمة الى الذمة في المطالبة ونقل الدين من ذمة الى
ذمة شرعا ليطابق الشرعي اللغوي اذ هو الاصل ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء
حتى اختص بما يمكن استيفاء الدين منه وهو المال المتقوم واختص بحق يمكن استيفاؤه والرهن
وهو الدين حتى لا يصح الرهن بالاعيان ولا بالعقوبات كالقصاص والحدود وكان لصاحب الحق
قبله حقان وجوب وهو يختص بالذمم واستيفاء وهو يختص بالاموال وعقد الرهن يختص
بالاموال دون الذمم فعلم انه وثيقة لجانب الاستيفاء والوثيقة بالشيء انما يكون بزيادة
في حقه فعلم ان حكم الرهن ثبوت ملك اليد والحبس وكونه مضمونا على القابض بما استوفى
به كما في حقيقة الاستيفاء فان المستوفي ثم يكون مضمونا على المستوفي وله على الموفي مثل ذلك
فصار قصاصا به وكذا اذا قبضه رهنا وصار مضمونا عليه بيد البد فاذا هلك وجب على
المرتهن للراهن مثل ما كان للمرتهن على الراهن فصار قصاصا وفي المقاصة آخر الدينين يكون
قصاصا عن اولهما فيكون المرتهن مستوفيا حقه ولهذا ثبت الضمان بقدر الدين لان
الاستيفاء به يتحقق فكان الراهن جعل قدر الدين في وعاء وسلمه الى رب الدين ليستوفي
حقه منه فعند هلاكه في يده يتم استيفاؤه في مقدار حقه ولهذا ثبت الضمان بقدر
الدين لان الاستيفاء به كان الفضل امانة كما لو حمل جرة عشرة في كيس ودفعه الى رب الدين
ليستوفي دينه منه وهو عشرة فيكون امينا في الزائد ولهذا جعلنا العين امانة في يد المرتهن
لان الاستيفاء يحصل من المالية دون العين فالاستيفاء بالعين يكون استبدالا والمرتهن
عندنا مستوفيا لا مستبدلا وانما يتحقق الاستيفاء بجنس الحق والمجانسة بين الاموال باعتبار

صفة المالية دون العين فكان هو امينا في العين كالكيس في حقيقة الاستيفاء ولهذا كانت
نفقة الرهن على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم عليه غرمه
لا ما زعم وبهذا التقرير يتبين ان معنى الصيانة يتحقق اذا صار المرتهن بهلاك الرهن مستوفيا
حقه وانما يفوت ذلك اذا توى دينه فالاستيفاء ليس باتواء للحق ثم موجب العقد ثبوت
يد الاستيفاء وفيه معنى الصيانة فانه يقع الامن عن جحود الدين مخافة جحود المرتهن الرهن وعن
عن الانتفاع بالرهن فيتسارع الى قضاء الدين ومن ضرورته فراغ ذمة الراهن عند هلاك
الرهن وتمام الاستيفاء وذا لا ينافي كونه وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها توجب
الدين في جهة المحال عليه صيانة لحق الطالب وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا يبطل
معنى الوثيقة وبه فارق هلاك الشهود والصك لان سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت
يد الاستيفاء اذ ان ذلك بهلاك الرهن وذا لا يوجد في الصك والشهود وانما لا يصير المرتهن
قاضيا بعض الشرى لان الشرى يلاقي العين وقد مر ان العين امانة وقبض الامانة دون
قبض الشرى فلا ينوب عنه واذا ثبت الاستيفاء من وجه وتم بالهلاك فلو استوفاه
ثانيا يؤدي الى الربوا والتحرز واجب ولا ذلك الا بالتحرز عن استيفاء الدين فيجب التحرز عن الاستيفاء
لان ما لا يتوصل الى الواجب الا به يجب كوجوبه بخلاف حال القيام لانه يمكن نقض هذا الاستيفاء
بالرد على الراهن فلا يتكرر الاستيفاء ولا يمكن هنا استيفاء الصورة الا بنقض الاستيفاء
الذي سبق ولا يمكنه ذلك لمكان الهلاك فيصير ذاهبا بالدين ضرورة فان قيل لو كانت
هذه يد استيفاء لاوجب الملك في المستوفي قلنا لم نقل انه يد استيفاء بل يد وثيقة
للاستيفاء والاستيفاء حقيقة بعد الملك وهو متاخر بالهلاك فالحاصل ان حكم الرهن عندنا
ان يصير الرهن محبوسا بالدين ويصير مستوفيا دينه من وجه بقبضه ويتقرر ذلك بالهلاك
الدين ويسري هذا الحكم الى الولد لانه يملك ملك الاصل وليس للراهن استرداده وركوبه
وشرب لبنه لانه ينافي موجبه وهو ملك الحبس للمرتهن على الدوام ورهن المتاع لا يصح
لان قبضه على الدوام لا يوجد فيه اذ في المهاياة تفوت حيث يوم قبض الراهن وعليه صيرورة
المرتهن احق به من سائر غرمائه وعند البيع هو احق بثمنه فاذا هلك لا يسقط الدين لانه امانة عنده

فاذا قضاه الدين قيل له سلم رهنه اليه لانه زال المانع من التسليم اليه لوصول الحق الى
مستحقه فلو قضاه بعض الدين له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي ما بقي قل او كثر لان الرهن
محبوس بالدين فيبقى ما بقي شي منه كحق الحبس للبائع فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن
ما قضاه لصيرورته مستوفيا عند هلاك الرهن بقبضه الاول وكان الثاني استيفا بعد
استيفاء فينتقض الاستيفاء الثاني تفاديا عن الربوا وكذا لو تفاسخا الرهن ولم يرد الرهن
على وجه الفسخ على الراهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبريه لان الرهن لا ينفسخ مقصودا
بالمناقضة كما قبل المناقضة فصار وجود هذه المناقضة وعدمها بمنزلة فيبقى مضمونا
ما بقي القبض والدين اذ الرهن انما يثبت بالعقد والقبض فيبقى ما بقي القبض ولو رده لا
على وجه الفسخ بل على وجه العارية لا يبطل الرهن ايضا فلو هلك في يده سقط الدين
اذا كان فيه وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن استخداما وسكنى
ولبسا الا ان ياذن له المالك لان الثابت له حق الحبس دون الانتفاع وهذا لان الانتفاع
يكون بالعين وهو فيها لا يرجع الى الصلة امانة وليس له ان ينتفع الا بتسليط الراهن
لان عقد الرهن لا يقتضي البيع ولا يملكه الا بوكالة من قبل المالك وليس له ان يواجر او
يعير لانه لما لم يملك الانتفاع بنفسه لا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا
يبطل عقد الرهن بالتعدي وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه
الذي في عياله ومعناه ان يكون الولد في عياله ايضا لان عينه امانة والحفظ يكون بهولاء لا
يمكن الدفع الى الغير كما في الوديعة وان حفظ بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن
الثاني فهو على الاختلاف الذي مر في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان
الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على قدر الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي
ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه ماذون في الحفظ غير ماذون في الاستعمال
وهذا لبس واستعمال فصار ضامنا واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان الناس يختلفون
فيه تجملا ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك فكان من باب
الحفظ دون الاستعمال وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه

على

تقلد بسيفين في الحرب ولم يتقلد الثلاثه وان لبس خاتما فوق خاتم يرجع الى العاده فان
كان اللابس ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان لا يتجمل بذلك فهذا حفظ وليس بلبس فلا يضمن
واجرة بيت يحفظ فيه الرهن واجرة الحافظ على المرتهن واجرة راعيه ونفقة الرهن
على الراهن والاصل ان ما يرجع الى البقا فهو على الراهن سوا كان في الرهن فضل
او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون ابقاؤه عليه لانه
مونة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجر الراعي لانه يحتاج
اليه لعلف الحيوان فهو كالطعام والشراب ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة
ظير ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وما يرجع الى
حفظه فهو على المرتهن وذلك مثل اجر الحافظ لان الحفظ عليه والامساك حق له
فيكون بدله عليه وكذا اجر البيت الذي يحفظ فيه الرهن في الروايات المشهورة لان
الحفظ على المرتهن ولا ياتي الحفظ الا بمن له فمونة ذلك تكون على المرتهن وهذا
لانه في الحفظ عامل لنفسه لانه يقصد به احبار الراهن وعن ابي يوسف ان كرى
المأوى على الراهن لانه بمنزلة النفقة لكونه سعيا في بقائه وما يلزمه كرد العين فهو
على المرتهن وذلك كجعل الابق لان يد الاستيفا كانت ثابته على المحل ويحتاج
الى اعادة يد الاستيفا لرده على المالك فكانت من مون الرد فيكون عليه وهذا
اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء فان كانت قيمة الرهن اكثر فعلى المرتهن بقدر المضمون
وعلى الراهن بقدر الامانة لانه في قدر الامانة بمنزلة المودع وهذا بخلاف اجرة البيت
فانه يجب الكل على المرتهن وان كانت في قيمة الرهن فضل لان ذلك انما لزمه بسبب
الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل فانما لزمه لاجل الضمان فيتقدر
بقدر المضمون ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم
بقدر الامانة والضمان لانها للاصلاح وبالاصلاح ينتفع المرتهن في المضمون والراهن
في الامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مون الملك فيكون عليه كالنفقة
والعشر فيما يخرج ياخذه الامام لان العشر متعلق بالعين فيكون مقدما على حق
المرتهن ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شايعا لان تعلق
العشر بالخارج لا يخرجه عن ملكه ولهذا يجوز بيعه وله الادا من محل آخر بخلاف الاستحقاق

وكل ما وجب على الراهن فاداه المرتهن بغير اذنه او وجب على المرتهن فاداه الراهن
بغير اذنه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما اداه واحد منهما مما يجب على
الاخر بامر القاضي رجع عليه لان للقاضي ولاية عامة وكان صاحبه امره به وعن
ابي حنيفة انه اذا كان الراهن غائبا فانفق المرتهن بقضاء القاضي رجع عليه
وان كان حاضرا لم يرجع وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهذا فرع اختلافهم
في الحجر على الحر فعند ابي حنيفة لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه
ولا يملك حجره بخلاف حال غيبته وعندهما يملك الحجر عليه ه

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

ولا يجوز رهن المشاع مما يقسم وفيما لا يقسم وقال الشافعي يجوز لان موجبه استحقاق البيع
في الدين والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم ولنا ان موجب الرهن
ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ويد الاستيفاء من الجزء الشائع لا يصح لان اليد حقيقة
لا تثبت الا على جزء معين فان قيل كيف نسلم هذا والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة
فان من كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفي حقه
منه يصير مستوفيا من النصف شائعا واذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف
يمنع ثبوت يد الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى
والشيوع لا يمنع الملك وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط وذلك لا يصح في الجزء
الشائع لانه من موجب عقد الرهن دوام يد المرتهن عليه من وقت العقد الى وقت
الفكاك لقوله تعالى فرهان مقبوضة فهذا يقتضي ان لا يكون مرهونا الا في حال
يكون مقبوضا فيه ولان المقصود من الرهن صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود
او انكار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن
عليه ونعني به استحقاق دوام اليد عليه لا وجود يد المرتهن حسا وبالاعارة
من الراهن والغصب لا يفوت الاستحقاق فلهذا لا يبطل به الرهن وذلك
لا يصح مع الشيوع لانه يحتاج الى المهاياة مع المالك في الامساك فيمسكه المالك به يوما
بحكم الملك ويحفظه المرتهن يوما بحكم الرهن فهو بمنزلة قوله رهنتك يوما ويوما
لا وانه لا يجوز لانه يفوت استحقاق اليد للمرتهن في نوبة الراهن فقد ادرب

بالرهن مما يمنع موجبه فلا يصح العقد ولهذا سوينا في الرهن بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتمل القسمة بخلاف
الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهي فيما ينقسم لا فيما لا
ينقسم وموجب الهبة الملك والمشاع يقبله والقبض شرط لتمام ذلك العقد فيراعى وجوده
في كل محل بحسب الامكان وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله
وان كان لا يحتمل القسمة ولهذا لم يجوز رهن المشاع من الشريك ايضا لان موجب العقد لا
يصح فيما اضيف اليه العقد سواء كان العقد مع الشريك او مع الاجنبي وعلى الوجه
الثاني يسكن المالك بحكم الملك يوما ويوما بحكم الرهن فصار كانه رهن يوما ويوما
والشيوع الطارئ بان رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف ورده المرتهن
كالمقارن في انه مبطل للرهن في الصحيح حتى قالوا في العدل اذا سلط على بيع الرهن
كيف شاء فباع نصفه بطل الرهن في النصف الباقي وعن ابي يوسف ان الشيوع
الطارئ لا يمنع بقاء حكم الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة لان البقاء اسهل من الابتداء الا ترى
ان صيرورة المرهون دينا في ذمة غير المرتهن يمنع ابتداء الرهن ولا يمنع بقاءه حتى
اذا اتلف المرهون انسان او بيع المرهون ثم يكون القيمة او الثمن رهنا في
ذمة من عليه الدين وابتداء عقد الرهن مضافا الى دين في الذمة لا يجوز وجه الاول
ان الكلام وقع في محل الرهن وما يرجع الى المحل فالبقاء والابتداء فيه سواء كالمحرمية في
النكاح فان قيل اذا زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت
الاب وان تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز قلنا لان المكاتب لا يملك
بسبب من اسباب الملك وكذا بالوراثة فيما اذا تزوجت مكاتبها انما لا
يجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه او من كل وجه لا
يجوز بخلاف الهبة لان المشاع محل لحكم الهبة فان حكمها الملك والمشاع يقبله
والقبض انما اعتبر في الابتداء لنفي الغرامة على ما مر ولا حاجة الى اعتبار هذا المعنى
في حالة البقاء الا ترى ان للواهب لو رجع في بعض الهبة بقيت الهبة في الباقي ولا
يجوز فسخ العقد في بعض الرهن ولا رهن ثمرة على النخل دون النخل ولا زرع في ارض
دون الارض ولا رهن النخل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون
خلقة فكان بمنزلة الشائع وكذا لو رهن الارض دون النخل او دون الزرع او النخل

دون الثمر والاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز الرهن كرهن المشاع اذ لا يمكن
قبض المرهون وحده وروى الحسن عن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الاشجار يصح لان
اسم الشجر يقع على النابت على الارض ولهذا يسمى بعد القطع جذعا لا شجرا فكانه استثنى الاشجار
بمواضعها من الارض ورهن ما عداها وهو مساو لما سوى ذلك الموضع من الارض وهو
معين معلوم بخلاف ما لو رهن الدار دون البناء حيث لا يصح لان البناء اسم للمبني دون
مكانه من الارض فصار راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل
بمواضعها جاز لانه رهن بقعة معينة ومجاورته لغيره لا يمنع صحة الرهن ولو كان في ذلك
ثمر دخل في الرهن لانه تابع للمرهون لاتصاله به فاذا شرع في العقد ولا صحة له الا
بعد دخول الثمر في العقد يدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف ما اذا باع النخل حيث
لا يدخل ثمرته لان بيع النخل دون الثمر صحيح فلو لم يكن بنا حاجة الى ادخال الثمرة فيه
بغير تسمية ولو كان في الدار متاع قليل او كثير من الثياب والحبوب وغير ذلك
مما يشغل به لم يتم الرهن حتى يفرغ لان الدار مشغولة بما فيها فيمنع من التسليم ولو رهنها
وما فيها وخلى بينه وبين ذلك وهو خارج منها تم الرهن لان الكل مرهون فتم القبض
في الكل فان قيل هلا دخل المتاع في الرهن وان لم يسمه تصحيحا للعقد كالثمر
قلنا الثمر تابع للنخل الا ان هذه التبعية ليست بلازمة لانها للقطع فجاز ان يدخل
في الرهن فاما المتاع فليس بتابع بوجه ما فلا يدخل بغير تسميه وكذا يدخل الزرع
والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما بينا في الثمر واذا قال رهنتك هذه
الدار وهذه الارض وهذه القرية فاطلق القول ولم يخصص شيئا دخل البناء والغرس
لانهما يدخلان في البيع على سبيل التبع وان لم يفتقر صحة البيع الى دخولهما فلان يدخل
في الرهن وصحته تفتقر الى دخولهما اولى ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق
بعضه ينظر الى الباقي فان كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته
والا بطل كله لان المستحق لم يدخل في الرهن فكان الرهن واردا في الباقي
ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون
ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانها مشغولة بالحمل كشغل
الدار بالمتاع ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل

لان الرهن ليس بمشغول بغيره ولا هو تابع له فصار كما لو رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء
ولو رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها فدفع اليه الدابة مع السرج واللجام لم يكن رهنا
حتى ينزعه من الدابة ثم يسلمه لانه من توابع الدابة فصار كثمر النخل ولهذا قالوا لو رهن
دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب
وام الولد لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء من هذه الاعيان لا يتصور
لقيام المانع في هؤلاء ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات
ومال الشركة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فكان قبض الرهن
مضمونا فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه واذا اودع
رجل وديعة فقال ضاعت او رددت وادعى المودع الاستهلاك او كان المودع
ساكتا او يقول لا ادري لا يجوز الصلح عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يجوز بناء
على ان البراءة تقع بمجرد دعوى الرد عندهما وعنده يشترط اليمين فهو بالصلح افتدى
عن اليمين فصح بخلاف ما لو جحد الايداع وهو يدعي الوديعة او ادعى الاستهلاك وهو
يقر بالايداع ولم يدع الرد او الهلاك فاصطلحا يجوز الصلح لان الصلح بناء على زعم ذلك
المدعي ففي كل موضع صح الصلح صح الرهن لوجوب الدين ظاهرا والا لا لحصول الرهن
بلا دين ولا يصح الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان المبيع ليس بمضمون
الا ترى انه اذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئا ولكنه يسقط الثمن وهو حق البائع
فلا يصح الرهن به فلو هلك يهلك بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي مقبوضا باذنه فاما
الاعيان المضمونة بنفسها وهو ان يكون مضمونا بالمثل عند الهلاك ان كان مثليا او بالقيمة
ان لم يكن مثليا كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد فيصح الرهن بها
لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا وجب قيمته فكان
رهنا بما هو مضمون فيصح والرهن بالدرك باطل ويصح الكفالة بالدرك والفرق
ان الرهن مشروع للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان الواجب هو الذي يستوفى
وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق
ولا يصح مضافا الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا يحتمل الاضافة
لان اضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة فشرعت لالتزام

المطالبة لا لالتزام اصل الدين والتزام الافعال يصح مضافا الى زمان الاستقبال كالتزام
الصدقات والصيامات بالنذر ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يجوز ولو رهن بما لا
عند رجل بما يذوب له عليه لا يجوز وتفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها
وسلمها وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البايع رهنا قبل الدرك فانه
باطل حتى لا يملك حبس المرهون حل الدرك او لم يحل واذا هلك عنده كان امانة حل الدرك
او لم يحل لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك
هذا لتقرضني الف درهم فقبض الرهن وهلك في يد المرتهن قبل ان يقرضه الفا
فانه يهلك مضمونا على المرتهن حتى يجب على المرتهن تسليم الالف الى الراهن بعد
الهلاك لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة وكان الرهن حاصلا بعد القرض
حكما اذ الظاهر ان الخلف لا يجري في الوعد وكان مفضيا الى الوجود غالبا بخلاف
الرهن بعد القرض حكما اذ الظاهر ان الخلف لا يجري في الوعد وكان مفضيا الى
الوجود غالبا بخلاف الرهن بالدرك لان الدرك لا يكون موجودا غالبا اذ الظاهر
ان المسلم يبيع مال نفسه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فاعطي
له حكم المقبوض على سوم الشرى مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة الشرى فجعل المقبوض
بجهته في ايجاب الضمان غير ان المقبوض على سوم الشرى مضمون بالقيمة بالغة
ما بلغت لا بالمسمى من الثمن والمقبوض على سوم الشرى مضمون بما سمي لا بالقيمة
لان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وليس بضمان مبتدا فيتقيد بالدين ضرورة
وضمان البيع ضمان مبتدا يجب بالعقد اذ ليس للبايع على المشتري شيء قبل البيع فجعل
مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب ولا يصح باجر النائحة والمغنية
وثمن الحر والخمر لان الدين غير واجب حتى لو هلك يهلك امانة ولا يجوز الرهن
بالكفالة بالنفس لان الاستيفاء منه غير ممكن ولان المكفول به غير مضمون في نفسه
فانه لو هلك لم يجب شيء ولا يجوز الرهن بقصاص في نفس او فيما دونها لان الاستيفاء
غير ممكن وان كانت الجناية خطا جاز الرهن لان الواجب هو الارش واستيفاء الارش
ممكن من الرهن ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري اذ لو هلك
لم يلزم المشتري ضمان وكذا لا يصح الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على

المولى

المولى فانه لو هلك لم يجب عليه شيء ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنها من مسلم او ذمي
لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء والمسلم لا يملك ايفاء الدين من الخمر ولا الاستيفاء الا ان الراهن
اذا كان ذميا والمرتهن مسلما فالخمر مضمونة على المسلم للذمي بالاقل من قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب
وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه واذا جرى ذلك فيما بين اهل
الذمة فهو صحيح لانها مال في حقهم ورهن الميتة او الدم لا يصح من ذمي وغيره لانها ليست بمال في حق
احد وصح بثمن عبد وثمن خل وذكية وبدل الصلح عن انكار وان استحق او وجد حرا او حرا او ميتة او تصادقا
ان لا دين لان الدين وجب ظاهرا وهو كاف لانه اكد من الدين الموعود وكذا ان قتل عبد خطا
ورهن بقيمته رهنا ثم تبين انه كان حرا لانه حصل بدين مضمون ظاهرا وهذا كله على ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف خلافه وصح الرهن براس مال السلم وثمن الصرف وقال زفر لا يصح لانه لو صح لصار
مستوفيا به وهو استبدال لعدم المجانسة والاستبدال بهما لا يجوز ولنا انه رهن بدين مضمون
فيصح وانما يصير مستوفيا باعتبار ماليته والمجانسة ثابتة من حيث المالية فيتحقق الاستيفاء وقد
قررناه من قبل فلو هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار
المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لان القبض فات حقيقة وحكما
اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لانه يكون بالهلاك فلا يثبت قبله ويصح الرهن بالمسلم فيه
لما بينا ولزفر واياه فيه فان هلك الرهن بالمسلم فيه صار مستوفيا للمسلم فيه لما مر ولو تفاسخا
السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب
اذا هلك وبه رهن حيث يكون رهنا بقيمته لان للبدل حكم المبدل ولو هلك الرهن بعد التفاسخ
يهلك بالطعام المسلم فيه لا براس المال لانه مرهون بالطعام حقيقة وانما ظهر اثره في راس المال
في الحبس لانه بدله وقائم مقامه فاذا هلك يهلك بالاصل كمن باع عبدا وسلمه واخذ بالثمن
رهنا ثم تقايلا البيع له حبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن
لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا او ادى ثمنه للمشتري ان يحبس المبيع ليستوفي ثمنه
فلو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا
لابنه الصغير لان هذا ايداع ابتداء وعين الرهن امانة وهو بسبيل من ايداع ماله على وجه
لا يكون مضمونا على المودع فلان يكون بسبيل من الايداع على وجه يكون مضمونا على
المودع اولى والمرتهن اشد حفظا من المودع لما يلحقه من ضرر سقوط الدين عند الهلاك ولا ضرر
يلحق المودع عند الهلاك والوصي بمنزلة الاب في هذا لما بينا وعن ابي يوسف وزفر

انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس لانه يقضي دينه من مال اليتيم فلا يجوز كما لو قضاه قصدًا ولهما
ان للاب والوصي ان يودعا مال الصغير وهذا انفع للصغير من الايداع لما بينا بخلاف حقيقة
الايفا لانه اخراج ذلك العين من ملكه بغير عوض في ملكه بمقابلته في الحال فلا ينفذ منهما
وهنا لا تخرج العين من ملكه بل فيه نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فافترقا
واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه اذا هلك عنده ويصير الاب او الوصي موفيا
ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما
ذلك في مال الصغير وفي الحقيقة هذه المسئلة تبتني على البيع فان الاب او الوصي اذا باع
مال الصبي من غريم نفسه بمثل ما عليه من الدين جاز ويصير الثمن قصاصا بدينه ويضمنه
للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا يصير الثمن قصاصا بدينه وكذلك وكيل البايع بالبيع
فاذا كان من اصله ان لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذا بطريق
الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن ايضا لان الرهن نظير
البيع من حيث انه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبي ه واذا
رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه متاع الصغير جاز لان
الاب لوفور شفقته وكمال ولايته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين
في هذا العقد كما في بيعه مال الصبي من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من
نفسه بان كان له على الصبي دين او من هذين اي من صغير للوصي وعبد للوصي او رهن عينا
له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل حقيقة وحقوق هذا العقد يرجع عليه والواحد
لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاه في البيع ولا يمكن ان يلحق بالاب لقصور شفقته ولانه
وكونه متهما ورهن الوصي من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه
فلا يصح كما لو رهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده المديون لانه من كسبهم
بمنزلة الاجنبي وهم احق بالكسب منه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يبيع من هولاء
لانه في البيع متهم وفي حق الرهن لا يكون متهما لان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون
بالاقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عند هولاء او عند اجنبي فانتفت التهمة نفذ تصرفه
معهم وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان له ان يقضي
هذا الدين من مال اليتيم فان استدان لحاجته فله ان يرهن به ايضا وكذا لو اتجر لليتيم فرهن

او ارتهن لان الرهن وضعه للاستيفا فيملكه من يملك حقيقة الايفا والاستيفا والاولى له
التجارة بتثمير المال اليتيم فيحتاج الى الرهن والارتهان وان رهن الاب متاع ابنه الصغير
عند رجل فادرك الولد ومات الاب لم يكن للولد ان يسترد الرهن حتى يقضي الدين لانه
تصرف لازم من الاب في حال ولايته وهو في ذلك قائم مقام الولد ان لو كان بالغا فان كان
الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه لا يتوصل الى عين ماله الا
بقضا الدين وكان مضطرا كالمعير للرهن اذا قضى الدين وكذا اذا هلك الرهن
قبل ان يقضيه لان الاب صار قاضيا دينه عند الهلاك بماله فلا يرجع عليه ولو رهن
الاب متاعا لابنه الصغير بمال احدهما لنفسه وللصغير جاز لانه متى ملك ان يرهن بحق
كل واحد منهما على الانفراد فكذا بدينهما فان هلك الرهن ضمن الاب حصته من ذلك للولد
لانه بهلاك الرهن صار قاضيا دينه ودين الصغير بمال الصغير فيضمن للصغير حصته من ذلك
والوصي في ذلك كالاب بعد موته وكذا الجد اب الاب اذا لم يكن الاب
او وصي الاب لقيامه مقام الاب في التصرف بحكم الولاية ولو رهن الوصي متاعا لليتيم
في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي من المرتهن لحاجة اليتيم فضاع في ذلك
يد الوصي فقد خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان الوصي فيما يتصرف لليتيم قائم مقامه
ان لو كان بالغا ولو كان بالغا فرهنه متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في
يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل رب
الدين مستوفيا دينه باعتبار يد المديون فاذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن
على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصي على الصبي لانه غير متعد في
هذه الاستعارة لانه استعاره لحاجة اليتيم وله هذه الولاية ولو استعاره لحاجة نفسه
ضمنه للصبي لانه متعد لانه ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو رهن الوصي مال
اليتيم ثم غصبه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه بالغصب
صار جانيا في حق المرتهن مفوتا لليد المستحقة وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه
فيقضي به الدين اذا حل والفضل لليتيم ان كانت القيمة اكثر من الدين وان كانت قيمته اقل
من الدين ادى بقدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر
القيمة فقط وان كانت قيمته مثل الدين ادى الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم

عليه مثل ما وجب له على السم فوقع القصاص وان لم يحل الدين فالقيمة رهن لقيامه مقام الرهن فاذا حل
الاجل كان الجواب على هذا التفصيل الذي مر فلو غصبه واستعمله لحاجة الصبي حتى هلك
في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصبي لان استعماله لحاجة اليتيم ليس بتعد وكذا
الاخذ اذ له ولاية اخذ مال اليتيم حتى لو اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء
اذ لا يتصور غصبه لان له ولاية الاخذ فان هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان حل
ويرجع منه ويرجع الوصي على اليتيم بذلك لما مر ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
لانها محل للاستيفاء فكانت محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا
في الجوده اذ لا عبرة للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لانه
عنده يصير مستوفيا حقه باعتبار الوزن دون الجودة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه
ويكون رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا لتضرر المرتهن والاصل عنده ان حالة الهلاك حالة
الاستيفاء لا محالة والاستيفاء انما يكون بالوزن وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء اذا لم يعقب
الضرر بيانه اذا رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة وهلك فان كانت قيمته مثل وزنه
سقط الدين بالاتفاق لان الوزن والقيمة وفاء بالدين فلا ربوا فيه بوجه ولا ضرر فيه لاحد وكذا
قيمته عشرة كذا ان كانت قيمته اكثر من وزنه سقط الدين بالاتفاق اما عنده فلانه يعتبر الوزن
وهو مثل الدين واما عندهما فلان بالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة الجوده امانة
وان كانت قيمته اقل من الدين فلذلك عنده اعتبارا للوزن وبالوزن والقيمة وفاء بالدين
وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لانه لو صار مستوفيا كل الدين باعتبار الوزن بطل حق
المرتهن في الجوده فيتضرر به ولو صار مستوفيا من دينه بما ثبت اعتبارا للقيمة لصار مستوفيا
ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربوا فلهذه الضرورة عدلنا الى التضمين بخلاف
الجنس ووجب العول بنقض الاستيفاء واملي بان يضمن ويجعل بدل المرهون الهالك وله
ان ضمان الرهن ضمان استيفاء والاستيفاء يكون بالوزن وفي الوزن وفاء بالدين فيجعل
مستوفيا كمال حقه وهذا لان استيفاء الجيد بالرديء يصح كما لو تجوز به وقد وقع الاستيفاء
بالاجماع لانه من جنس حقه وقد قبضه على وجه الاستيفاء ولهذا احتاج الى نقضه ونقضه بالتضمين
غير ممكن لان الضمان لا بد له من مطالب ومطالب ولا يمكن جمعهما في الشخص الواحد
ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فيتعذر التضمين عليه فيتعذر النقض ولانه انما ينقض

استيفاؤه اذا لم يرض به وقد رضي به لانه متى قبض الرهن مع علمه بانه يصير مستوفيا بالهلاك فقد
رضي بنوعه استيفاء بدون صفة الجوده فصار كما لو استوفى الزيوف مكان الجياد وهو عالم
به وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلك
الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فانه يسقط دينه ولا شيء عليه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يضمن مثل ما قبض وياخذ مثل حقه وقول محمد اولا كقول ابي حنيفة واخر القول كقول ابي يوسف
كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح ان هذه مسئلة مبتداة لان محمدا مع ابي حنيفة في تلك المسئلة
في المشهور ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ثم استوفى حقه
من عينها والزيافة لا تمنع صحة الاستيفاء فتم الاستيفاء ولزم بالهلاك وفي باب الرهن ما
اخذه ليستوفي عينه بالدين بل ليستوفي من محل اخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن
نقضه باداء الضمان عندهما وان انكسر وقيمته مثل وزنه عشرة فعند ابي حنيفة وابي يوسف
الراهن بالخيار ان شاء افتكه ناقصا بكل الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من جنسه
او من خلاف جنسه لانه لا يمكن فيه الربوا ويكون الضمان رهنا عند المرتهن قائما مقام
الاول ويصير المضمون اي المرهون ملكا للمرتهن بالضمان ولا يجبر الراهن على الفكاك لانه
ان ذهب شيء من الدين بذهاب الجوده يصير قاضيا دينه بالجوده على الانفراد والجوده لا
قيمة لها عند الانفراد ولو الزمناه الفكاك يمنع دينه من غير ان يذهب شيء من الدين مع
النقصان حصة فيتضرر الراهن لفوات حقه في الجوده فخيرناه على الوجه الذي بينا وعند
محمد ان شاء افتكه ناقصا بكل الدين وان شاء جعله بالدين فيصير ملكا للمرتهن
بدينه وليس للراهن ان يضمنه قيمته لانه مضمون بالدين بالاجماع لو هلك فكذا
اذا انكسر اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك
مجانا لما بينا صار في معنى الهالك فيعتبر بالهالك الحقيقي ولانه بنفس القبض صار مضمونا
بالدين بالاجماع على وجه يتقرر الضمان بالهلاك فلا يجوز ان يكون مضمونا بالقيمة
لان العين الواحدة لا يجوز ان يكون مضمونه بضمانين مختلفين قلنا طريق صيرورته
مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين
في الاستيفاء الحقيقي باعتبار ان يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم يقع المقاصة بين ماله
وما عليه فكذا في الاستيفاء الحكمي وجعله مضمونا بالدين في حال قيامه يؤدي الى

اغلاق الرهن وانه حكم جاهلي مردود في الشرع فصرنا الى التضمين بالقيمة لانه لا يودي الى الاغلاق لابطال
حكم الرهن بالمثلية وان كانت قيمته اقل من وزنه بان صار قيمته جيدا من خلاف جنسه تحرزا
عن الربوا او ردا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فلان حالة الانكسار
حالة التضمين بالقيمة بكل حال واما عند محمد فلا معتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك وعنده
في هذا الوجه هلك بضمن المرتهن قيمته ولا يصير مستوفيا لمكان الربوا والضرر
فكذا اذا انكسر وان كانت قيمته الرهن وزنه اثني عشر فعند ابي حنيفة ان شاء افتكه بكل الدين
وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه بالغة ما بلغت ويكون رهنا عنده لان الواجب
عنده في حالة الانكسار ضمان القيمة والعبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة في هذا الباب
فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا كان كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وجميع الوزن مضمون
فبقيت الجودة لانها تابعة للذات ومتى صار الذات مضمونا استحال ان يكون الوصف
امانة لان التبع لا يخالف الاصل وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون
خمسة اسداس المكسور ملكا له بالضمان وسدس المكسور يفرز حتى لا يبقى الرهن شايعا
لان الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لما مر وعن ابي يوسف ان
الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج الى التمييز ويكون قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا
عنده بالدين لان من اصل ابي يوسف انه يتبع الضمان والامانة في الوزن والجودة
ويجعل زيادة القيمة لزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر لان الجودة معتبرة في ذاتها
ولهذا اعتبرناها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض حتى لو باع ابريق فضة
وزنه مائة وقيمته مائتان وصاغه بمائة يعتبر من الثلث كما لو تبرع بالعين وفي
تصرف الاب والوصي والعصب وانما لم يعتبرها عند المقابلة بجنسها لان الشرع
جعل المساواة في الذات شرطا لجواز العقد تبعا لا لان الجودة هدر وعند محمد
ان انتقص بالانكسار من قيمته درهم او درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين
وان انتقص اكثر من ذلك يجبر الراهن فان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء افتكه
ناقصا بجميع الدين لان من اصله ان الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصنعة
لان الجودة او الصنعة تابعة للوزن والحكم في الرهن على الاصالة هو المضمونية
لانه عقد ضمان واستيفاء وصفة الامانة في المرهون تابعة فيجعل الاصل ايضا

وفي تصرف الاب والوصي والغصب وانما لم يعتبرها عند المقابلة بجنسها لان الشرع جعل المساواة
في الذات شرطا لجواز العقد تبعا لا لان الجودة هدر وعند محمد ان انتقص بالانكسار من قيمته
درهم او درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان انتقص اكثر من ذلك يخير الراهن
فان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء افتكه ناقصا بجميع الدين لان من اصله ان الضمان
في الوزن والامانة في الجودة والصنعة لان الجودة او الصنعة تابعة للوزن والحكم في
الرهن على الاصالة هو المضمونية لانه عقد ضمان واستيفاء وصفة الامانة في المرهون
تابعة فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع الا ان يفضل شيء من الضمان
فحينئذ يصرف الى الجودة ضرورة ولو كان وزنه ثمانية وهلك سقط من دينه ثمانية قلت
قيمته او كثرت او ساوت عند ابي حنيفة لان العبرة للوزن عنده وكذا عندهما
ان كانت قيمته مثل وزنه وان انتقصت او زادت فكانت سبعة او تسعة او عشرة
ضمن قيمته من خلافه وان كان اثني عشر ضمن قيمته خمسة اسداسه وان انكسر ان كانت قيمته
ثمانية فعند ابي حنيفة وابي يوسف افتكه بكل الدين او ضمنه قيمته من جنسه على ما مر
وعند محمد ان شاء امسكه بجميع الدين وان شاء تركه على المرتهن بما بقي من الدين اعتبارا لحالة
الانكسار بحالة الهلاك وان كانت قيمته اقل من وزنه سبعة او اكثر تسعة او عشرة
ان شاء الراهن افتكه بكل الدين وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه بالاتفاق وكذا
اثني عشر عنده وعند ابي يوسف يضمن قيمته خمسة اسداسه او يمسكه بكل الدين وكذا عند محمد
ان انتقص اكثر من درهم والا يجبر الراهن على الفكاك بكل الدين وان كان وزنه اكثر من دينه
خمسة عشر وهلك استوفى دينه بثلثيه وثلثه امانة قلت قيمته او كثرت وكذا عندهما
ان كان مثل وزنه او اكثر وان كانت اقل فان كانت اقل من الدين او مثله عشرة ضمن قيمته
من خلافه وان كان اكثر اثني عشر ضمن قيمته خمسة اسداسه كما مر وان انكسر ان شاء افتكه
بكل الدين وان شاء ضمنه قيمة ثلثيه قلت او كثرت عنده وكذا عند ابي يوسف ان كانت قيمته
مثل وزنه وعند محمد ان شاء امسكه بكل الدين وان شاء تركه عليه بدينه واخذ منه ثلثه
وان كان اكثر عشرين فعند ابي يوسف ان شاء افتكه بكل الدين وان شاء ضمنه قيمته نصف

المرهون لان قيمة نصفه تبلغ قدر الدين وعند محمد ان انتقصت قدر خمسة دراهم بالانكسار
يجبر على الفكاك بكل الدين وان انتقصت اكثر من ذلك يخير ان شاء افتكه بكل الدين وان شاء
ترك على المرتهن بدينه واخذ الثلث وان كانت قيمته اثني عشر ان شاء افتكه بكل الدين صح
وان شاء ضمنه قيمته خمسة اسداسه عندهما وان كانت مثل الدين عشرة او اقل من الدين تسعة
ان شاء افتكه بكل الدين وان شاء ضمنه قيمته جميعه رديا فحنثه عندهما وصارت اقسامه ستة
وعشرين فصلا لان القسم الاول وهو ان يكون وزنه مثل الدين ستة فصول لانه اما ان كانت
قيمته مثل وزنه او اقل او اكثر فلانه يتغير بالهلاك وبانه يتغير بالانكسار والقسم الثاني
وهو ان يكون وزنه ثمانية عشر فصول لانه اما ان كانت قيمته اقل من وزنه سبعة او مثل وزنه
او اكثر من وزنه تسعة او عشرة او اثني عشر والقسم الثالث وهو ان يكون وزنه خمسة عشر
ايضا لانه اما ان كانت قيمته مثل وزنه او اكثر من وزنه او اقل من وزنه واكثر من الدين او اقل من و
من وزنه او مثل الدين او اقل محله بتقدير الهلاك وخمسة بتقدير الانكسار والقسم الاول
بفصوله مذكور في الهداية فقط رهن كرا جيدا يساوي مائتي درهم بمائة وهلك سقط دينه
بنصف الكر بالاتفاق لان به وفاء بالدين وان فسد بان اصابه ماء فابتل يضمن المرتهن مثل نصف
المقبوض يعني جيدا اما عند ابي يوسف فظاهر وكذا عند ابي حنيفة لاعتبار الجودة هنا لاختلاف
الجنس وهو الدراهم بخلاف ما مر وعند محمد ان شاء الراهن افتكه بكل الدين وان شاء
ترك نصفه بدينه واخذ النصف اعتبارا لحالة الفساد بحالة الهلاك وان رهن نصف كر جيد قيمته
مائة بكر ردي قيمته مائة وهلك سقط نصف الدين عند ابي حنيفة لانه يعتبر الكل وبالرهن وفاء
نصف الدين كيلا وعندهما يضمن المرتهن مثل المقبوض لان في جعله مستوفيا بقدر الكيل ضررا
بالراهن بابطال حقه في الجودة وفي جعله مستوفيا بقدر قيمته ربوا فصرنا الى التضمين بالمثل
ويكون رهنا قائما مقام الاول وان فسد بالماء افتكه بكل الدين او ضمنه مثل المقبوض اما عند محمد
فلاعتبار حالة الفساد بحالة الهلاك واما عندهما فلان حالة الفساد حالة التضمين ومن باع
عبدا على ان يرهنه المشتري بالثمن شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس
والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة

في صفقة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولانه شرط لا يقتضيه العقد يجب بالعقد بدون
الشرط كتسليم المبيع على البائع او تسليم الثمن على المشتري وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ومثله مفسد
ان مثله يفسد العقد وجه الاستحسان انه شرط ملائم للبيع لان المقصود بالكفالة والرهن
التوثق بالثمن فاشتراطهما في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس
والرهن معينا اعتبرنا المعنى وهو الملائمة فصححنا العقد وان لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا
او كان الكفيل غائبا حتى افترقا اعتبرنا عين الشرط فيفسد لانه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة
ولو كان غائبا وحضر في المجلس وقبل صح فان ابى المشتري ان يرهنه ما سمي لم يجبر عليه وقال
زفر يجبر لانه ثبت في ضمن عقد لازم فيصير الوفاء به مستحقا كالعدل في الرهن اذا سلط على البيع
مجبرا ولا يملك الراهن عزله عنه ولنا ان عقد الرهن تبرع من جانب الراهن كما مر ولا جبر على التبرع
وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد الوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو
رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلان لا يصير لازما بالوعد اولى ولكن ان ابى المشتري ان يرهنه
فللبائع ان يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم
رضاه كان له ان يفسخ او يرضى بترك الرهن الا ان يدفع المشتري الثمن حالا او يدفع قيمة الرهن
رهنا لحصول المقصود اذ يد الاستيفاء انما يثبت على المعنى وهو القيمة لان الصورة امانة ومن
اشترى ثوبا بدراهم فقال المشتري للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لان هذا
كلام يؤدي معنى الرهن وهو الحبس الدائم الى وقت الفكاك والعبرة في العقود للمعاني فان من
قال لرجل ملكتك عبدي هذا بالف درهم يكون بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل والحوالة
بشرط مطالبة الاصيل كفالة وعند ابي يوسف وزفر لا يكون رهنا بل يكون وديعة لان قوله
امسكه يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والايداع اقل الامرين فيثبت بخلاف ما لو قال امسكه بالكراو
امسكه بدينك حيث يكون رهنا بالدين قلنا لما قابله بالدين الى غاية الاعطاء فقد بين حكم الرهن
ايضا حيث اتى بحكم الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له
ان ياخذه حتى يؤدي باقي الدين كالبيع وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما
بيانه اذا رهن عبدين قيمة كل واحد منهما الف بالف ثم ادى خمسمائة عن احدهما فليس له قبضه لان

الصفقة متحدة وقصد المرتهن اضجار الراهن ليبادر الى قضاء الدين فلو تفرد الراهن بالتفريق
اخر ما يحتاج اليه فيتكاسل في قضاء الباقي ولا يحصل المقصود ولهذا اذا نقد المشتري بعض الثمن
واراد ان ياخذ بعض المبيع لا يملك وكذا هنا والجامع ان كل واحد من المبيع والمرهون محبوس
بكل الدين والثمن فيكون محبوسًا بكل جزء من اجزائها ليكون حاملًا له على قضائها فان سمى لكل
واحد شيئًا من المال الذي رهنه به بان قال رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة وسلمهما
اليه ثم نقد خمسمائة وقال ادّيت عن هذا العبد واراد ان ياخذ ذلك العبد له ان يقبضه في
رواية الزيادات وفي رواية الاصل لم يكن له ذلك لان الصفقة متحدة لاتحاد الموجب والقابل
وعند اتحادهما لا تتفرق الصفقة بتفريق التسمية كما في البيع وجه رواية الزيادات
وهو الاصح ان البيع لا يتفرق بتفريق التسمية عند اتحاد العاقدين والرهن يتفرق ولهذا لو
قبل المشتري البيع في احدهما دون الاخر لا يصح ولو قبل المرتهن العقد في احدهما عند تفريق
التسمية صح وانما افترقا لان ضم الجيد الى الردي متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو
تفرق البيع بتفريق التسمية كان للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع
ولو تفرق الرهن بتفريق التسمية لا يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت
الصفقة تصير القبالة شرطًا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا
يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة فان رهن عينًا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد
منهما جاز وسواء كانا شريكين فيه او لا وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف
الى كل العين في صفقة واحدة ولا شيوع في المحل باعتبار تعدد المستحق وموجبه
صيرورته محبوسًا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسًا بدين
كل واحد منهما وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقًا واحدًا من غير انقسام بينهما بخلاف
الهبة من اثنين عند ابي حنيفة فان هناك لا بد من انقسام الحكم وهو الملك بينهما اذ يستحيل
اثباته لكل واحد منهما على الكمال في محل واحد فدخل فيه الشيوع ضرورة وفيما نحن فيه
لا حاجة الى هذا لان الواحد يجوز ان يكون محبوسًا بحق كل واحد منهما على الكمال اذ لا تنافي
في استحقاق الحبس الا ترى ان الرهن الواحد لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون محبوسًا كله بكله

بلغ مقابلة

بكل جزء منه وكذا هنا يكون العين محبوسًا بحقهما او بحق كل واحد منهما فلا يدخل فيه الشيوع
فان تهايئا صار كل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر والمضمون على كل منهما حصته
لانه اذا صار كل واحد منهما مستوفيًا بقدر حصته لان الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزي
فان قضى الراهن دين احدهما فالكل رهن عند الاخر لما مر ان جميع العين رهن عند كل واحد منهما من
غير تفريق وعلى هذا حبس المبيع اذا اشترى رجلان من رجل فادى احدهما حصته لم يكن له ان
يقبض شيئًا وكان للبائع ان يحبس الجميع حتى يستوفي ما على الاخر وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا
رهنًا واحدًا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض المرتهن
حصل في الكل من غير شيوع وتفريق املاكهما لا يوجب شيوعًا في الرهن فانه يجوز ان يكون ملك الغير
مرهونًا بدين الغير كما لو استعار فرهن وان رهن ثلاثة عبدًا عند رجل بدين له على كل واحد منهم
صح فان مات ذهب من دين كل واحد منهم ما يخصه من العبد ويتراجعوا فيما بينهم حتى لو كان له على
رجل الف وعلى اخر خمسمائة وعلى اخر خمسمائة فرهنوا عبدًا بينهم اثلاثًا وقيمته الفان فهلك صار مستوفيًا
من كل واحد ثلث ما عليه لان المرهون مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين والرهن هنا اقل
لان الدين الفا الف وقيمة العبد الفان فيصير مستوفيًا من الدين بقدر قيمة العبد وهي الفان
والفان من ثلاثة الالف ثلثيها فيصير مستوفيًا من صاحب الالف وخمسمائة الف درهم ومن صاحب
الالف ستمائة وستة وستين وثلثين ومن صاحب الخمسمائة ثلثمائة وثلاثة وثلثين وثلثا وسعى على
كل واحد ثلث حصته ثم الذي عليه الف وخمسمائة يضمن لكل واحد من صاحبيه ثلثمائة وثلاثة وثلاثين
وثلثا لانه صار قاضيًا من دينه الف الا ثلثمائة وذلك ثلثمائة وثلثه وثلثون وثلث وثلثه
من نصيب من عليه الف وثلثه من نصيب من عليه خمسمائة فيضمن لهما مقدار ما قضى من دينه من نصيبهما
والذي عليه الف يضمن لكل واحد من صاحبيه مائتين واثنين وعشرين درهمًا وتسع درهم لانه صار قاضيًا
من دينه ستمائة وستة وستين وثلثين ثلثها من نصيبه وذلك مائتان واثنان وعشرون وتسعان
وثلثاها من نصيب من عليه الف وخمسمائة فيضمن لصاحبيه مقدار ما قضى من دينه من نصيبهما والذي
عليه خمسمائة صار قاضيًا من دينه ثلثمائة وثلاثة وثلثين وثلثا ثلثه من نصيبه وذلك مائة واحد عشر ودرهم وتسع
وثلثه من نصيب من عليه الف وثلثه من نصيب من عليه الف وخمسمائة فيضمن لصاحبيه مقدار ما

وصي ونصيبهما ثم نقع المقاصة بينهم فتقاصوا او لم يتقاصوا لاتحاد المجلس فمن عليه خمسماية
استوجب على من عليه الف وخمسماية ثلثماية وثلاثة وثلاثين وثلث فقد استوجب عليه ماية واحد عشر
فتقع المقاصة بهذا القدر ويرجع من عليه خمسماية استوجب على من عليه الف مايتين اثنين وعشرين
وتسعا وقد استوجب الرجوع عليه بماية واحد عشر وتسع فتقع المقاصة بهذا القدر ويرجع عليه
بما بقي وهو ماية واحد عشر وتسع وكذا من عليه الف استوجب الرجوع على من عليه الف وخمسماية
بثلثماية وثلثة وثلاثين وثلث وهو استوجب الرجوع عليه بمايتين واثنين وعشرين وتسعين فتقع
المقاصة بهذا القدر ويرجع عليه بالفضل وهو ماية واحد عشر وتسع رجل في يده عبد ادعاه
رجلان كل واحد منهما يقول لذي اليد قد رهنتني بالف درهم وقبضته منك واقاما البينة على ما
ادعيا ففي القياس لا يقضي لواحد منهما بشي لانه لا يخلو اما ان يقضي برهن واحد منهما جميعا
او يقضي لكل واحد منهما برهن على حدة او يقضي لاحدهما بعينه لا وجه الى الاول لانهما لم يدعيا
هكذا اذ كل واحد منهما يدعي رهنا على الانفراد ولا وجه الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يقضي
لكل واحد منهما بكله او لكل واحد منهما بنصفه لا يجوز الاول لاستحالة ان يكون العبد
الواحد كله رهنا لهذا او كله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الثاني لانه يؤدي الى الشيوع
ولا وجه الى الثالث لعدم الاولوية فتعين التهاتر وليس هذا كالرهن من رجلين لان هناك
العقد من جانب الراهن واحد وههنا كل واحد يثبت ببينته عقدا اخر والرهن بعقدين مختلفين
او بتسميتين منفردتين لا يجوز وفي الاستحسان يقضي بينهما رهنا واحدا كانهما ارتهناه معا
لانه متى جهل التاريخ صار كانهما وقعا معا في حالة واحدة فصار كانه رهنه منهما كالو ادعيا
تلقي الملك بشرا من رجل واقاما البينة فانه يجعل في الحكم كانه باع منهما جملة حتى يقضي بينهما
نصفين والماخوذ هو القياس كما بينا لقوته وضعف وجه الاستحسان لان ذلك عمل على
خلاف ما قامت به البينة لان كل واحد منهما يثبت لنفسه حبسا هو طريق الى مثله والاستيفا
ولو جعلناه كالرهن من اثنين لقضينا لكل واحد منهما بحبس هو طريق الى شطره من الاستيفاد
والحكم بخلاف الحجة باطل واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له ولو مات
الراهن والعبد في ايديهما واقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا فهو باطل في القياس وهو قول

ابي

ابي يوسف وفي الاستحسان يقضي لكل واحد منهما بنصفه رهنا بسعة بحقه وهو قول ابي حنيفة
ومحمد وجه القياس ان الحبس للاستيفاء حكم مقصود بعقد الرهن فيكون القضا به قضاء
بعقد الرهن لا محالة والقضا بعقد الرهن على سبيل الشيوع باطل وكذا لكل القضا بحكمه وجه الاستحسان
ان المقصود بعد موت الراهن اثبات الاختصاص وهو كونه احق به من ساير الغرماء دون الحبس
وكل واحد منهما يثبت لنفسه الاختصاص ~~وهو كونه احق به من ساير الغرماء دون الحبس~~ بالعين
حتى يباع له في دينه وهذا مما يحتمل الشركة في العين اذا ان يع لا بد من حبسه وهو نظير ما
لو ادعى رجلان نكاح امراة بعد موتها واقام كل واحد منهما البينة يقضي لكل واحد منهما بنصف
ميراث الزوج بخلاف حالة الحيوة ولذا لو ادعت اختان نكاح رجل بعد موته واقامتا البينة
يقضي لكل واحدة منهما بالمهر وبنصف ميراث النساء بخلاف حالة الحيوة لان الميراث هو المقصود
بعد الموت وهو مال يحتمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحيوة لان المقصود ثم الحل وهو
لا يقبل الاشتراك

كتاب الرهن يوضع على يد العدل

ولو اتفقا على وضع الرهن على يد العدل صح وقال ابن ابي ليلى لا يصح لان العدل نايب عن الراهن
لا عن المرتهن ولهذا لو لحقه ضمان بان هلك في يده ثم استحقه رجل يرجع به على الراهن دون
المرتهن والرهن لا يتم بقبض الراهن وان اتفقا عليه فلذا بقبض العدل وقول صاحب الهداية
وقال مالك لا يجوز لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم
القبض متعذر باشتراط القبض عند مالك وقد ذكر في اول كتاب الرهن وقال مالك يلزم بنفس
العقد وهو نص على عدم اشتراطه فكان له قولين في اشتراطه ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن
فيتم به الرهن وهذا لان اليد في باب الرهن على الصورة يد امانة وعلى المعنى مضمون فكانت يده
على الصورة يد المالك في الحفظ وعلى المعنى وهو المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو
المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما وانما لا يرجع بالضمان على المرتهن عند الاستحقاق ولان
الضمان لحقه بسبب العين وهو في حق العين نايب عن الراهن كالمودع وليس للراهن ولا للمرتهن اخذه
منه لتعلق حقهما جميعا به اما الراهن فليصير ماله محفوظا بيده واما المرتهن فلتعلق الاستيفا به
فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن

والمضمون هو المالية ولو دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين
ومودع المرتهن في حق المالية وكل واحد منهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا
ضمن قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد اتلفه المدفوع اليه او تلف في يده لا يقدر العدل ان يجعل
القيمة رهنا في يده لان القيمة واجبة عليه فلو جعلها رهنا يصير قابضا ومقبضا وبينهما تضاد
ولكن لهما ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند عدل اخر وان تعذر اجتماعهما رفع
احدهما الامر الى القاضي ليفعل القاضي ذلك فان فعل ذلك ثم قضى الراهن دين المرتهن وقد ضمن العدل
القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل لانه وصل الرهن الى الراهن والدين الى المرتهن
فاخذ القيمة يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملكه وان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى
المرتهن اخذ الراهن القيمة منه لان الرهن لو كان قائما في يده ياخذه منه اذا ادى الدين فكذا
ياخذ القيمة التي بدله وليس فيه جمع بين البدل والمبدل واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او
غيرهما ببيع الرهن ان حل دينه صح لانه وكله ببيع ماله فيصح وهذا لان الرهن شرع وثيقة لجانب
الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء اوثق فكان بالجواز احق نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط
لكنها اسقاط والاسقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان ممنوعا عن التصرف في هذا العين لحق
المالك فاذا وكله فقد اسقط حقه ولو وكل ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد بلوغه لا يصح
عند ابي حنيفة وقالا يصح لانه قدر عليه وقت الامتثال له ان امره وقع لغوا لعدم اهلية
المامور فان شرطت الوكالة في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما
شرطت في عقد الرهن صارت من اوصاف الرهن وحقوقه فتلزم كاصله لان حكم التبع لا يفارق حكم
الاصل والرهن لازم فكذا ما هو تبع له لانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه فيكون
اضرارا به فلا يجوز كالوكيل بالخصومة عن المدعى عليه بالتماس المدعي فانه اذا اراد الموكل عزله
بغير محضر من الخصم لم يصح ذلك دفعا للضرر عنه لانه تعلق به حق المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا
حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه لان النهي ابطال حقه
ولو اراد ابطال الوكالة بالعزل لم يملك فكذا لا يملك التقييد وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم
يوكله وانما وكل غيره وان مات لم ينعزل لان المرتهن احق بالرهن بعد موت الراهن كما في حياته

ابطال حق الراهن

وكان للعدل ان يبيعه لحق المرتهن وللوكيل ان يبيعه بعد موت الراهن بغير محضر من ورثة الراهن
كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه لانه لما لم ينعزل بقيت وكالته بعد موته لم يشترط حضرة ورثته ورضاهم
وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان التوكيل متى صار لازما تبعا للرهن لم ينعزل بموت الراهن
ولا بموت المرتهن ولا بموتهما كما لا يبطل الرهن بموت احدهما ولا بموتهما وان مات الوكيل انتقضت
الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الموكل لم يرض براي غيره فلم يقم غيره مقامه
فلا بد من بطلانها وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فلا تبطل بموته
واذا لم تبطل يقوم وصيه مقامه كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال عروضا فانه يقوم
وصيه مقامه في بيع العروض لانها تصير لازمة بعد ما صار راس المال اعيانا قلنا المضارب له
ولاية التوكيل في حياته فجاز ان يقوم وصيه مقامه بعد موته كالاب في مال الصغير والوكيل
في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته والوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لان الوراثة
انما تجري فيما له لا فيما عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق للمضارب وليس
للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان كل واحد منهما
ذو حق لما مر فلا يملك الاخر ابطاله بدون رضاه وان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن
ان يبيعه والراهن غائب يجبر الوكيل على بيعه لما مر من الوجهين في لزومه وكيفية الاجبار ان
يحبسه القاضي اياما ليبيع فان لج بعد الحبس اياما فالقاضي يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر
اما على اصل ابي حنيفة فكذلك عند البعض لانه تعين جهة البيع لقضاء الدين هنا وعند البعض
لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ولا ينفذ البيع بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار
كالاجبار وكذلك رجلان بينهما خصومة فوكل المدعى عليه رجلا لخصومته بطلب المدعي
فغاب الموكل وابى الوكيل ان يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان المدعي انما خلى سبيل
الخصم اعتمادا على ان وكيله يخاصمه فلا يكون للوكيل ان يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعي لان
فيه ابطال حقه بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يجبر ان امتنع عن البيع لان الوكيل بالبيع لا يتضرر به
الموكل لانه يتمكن من البيع بنفسه واما العدل اذا امتنع عن البيع فانه يتضرر به المرتهن لانه
لا يتمكن من البيع بنفسه هذا اذا كان التسليط على البيع مشروطا في عقد الرهن فان كان بعد

اذا امتنع عن البيع

تمام العقد ذكر شمس الائمة السرخسي ان في ظاهر الرواية لا يجبر العدل على البيع لان رضا المرتهن
بالرهن قد تم بدونه وهو توكيل مستانف ليس في ضمن عقد لازم وعن ابي يوسف ان التوكيل على البيع
بعد الرهن يلحق باصل العقد ويصير كالمشروط فيه قال شيخ الاسلام خواهرزاده وفخر الاسلام
البزدوي هذه الرواية اصح لان محمدا اطلق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل ولم يفصل بين
ان يكون البيع مشروطا في عقد الرهن او غير مشروط فظاهر ما اطلق يدل على انه يجبر على بيعه في
الحالين ولان العلة الاولى ان لم توجد فالثانية قد وجدت وجاز ان يكون معلولا بعلة واحدة
من العلتين واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وصار الثمن هو
الرهن وان كان غير مقبوض لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لان بقاء
عقد الرهن في الدين لمكانه فاما مقام المبيع ثم المرهون لو هلك يسقط كذا هنا وكذا اذا قتل
عبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان الواجب في نفسه وان كان بدلا عن الدم حتى لا يزاد
على دية الحر ولكن المالك انما استحقه بسبب المالية فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي
عقد الرهن وكذا لو قتله عبد فدفع به لانه قام مقام الاول لحما ودما وان باع العدل الرهن م
الرهن واوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمن العدل قيمته فهو بالخيار ان شاء ضمن الراهن
قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمن غيره وحاصله ان المرهون المبيع
اذا استحق فان كان هالكا فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه
بالاخذ وان شاء ضمن العدل لانه بالبيع والتسليم والاخذ صار غاصبا فيضمن قيمته اذا عجز عن
تسليم عينه فان ضمن الراهن نفذ البيع والرهن والقضاء لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه
امر ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء اي استيفاء المرتهن الثمن بدينه
فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لانه لما استحق ظهر انه
المرتهن اخذ الثمن بغير حق وقد ملك العدل العبد حين ضمن قيمته ونفذ بيعه عليه فصار الثمن
له وانما دفعه اليه على ظن انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع
به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه هذا اذا كان هالكا فان كان

قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه منه لانه وجد عين ماله ومن وجد عين ماله فهو احق به
ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وهذا من حقوق البيع
لانه وجب به وانما اداه ليسلم له المبيع فاذا لم يسلم يرجع عليه ثم العدل ان شاء رجع
على الراهن بالثمن لان هذه عهدة لحقته في عقد باشره بوكالته فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه نفذ قبض
المرتهن وسلم المقبوض له وان شاء رجع على المرتهن لانه لما انتقض العقد بطل الثمن وانما اداه اليه على
ظن انه ثمن مملوك للراهن فاذا لم يسلم تبين انه يجب نقض قبض المرتهن ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه
بلم ر عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به على الراهن ولو سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع عليه لانه في
البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض فاذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل وذكر في الهداية
ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه
اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل والمراد بالموكل المرتهن وسماه موكلا لان البيع وقع لاجله
والمراد بالضمان الثمن وبالموكل الراهن وبالضمان الدين ولو كان التوكيل بالبيع بعد عقد الرهن
ولم يشترط في العقد فهو وكيل للراهن وما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن
الثمن او لا لان التوكيل اذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة
المفردة عن الرهن بان وكل انسانا ان يبيع شيئا ويقضي دينه من ثمنه ففعل ثم لحقه عهدة لم يرجع
على القابض بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق بها حق المرتهن وكان البيع واقعا لحقه
وقد سلم له ذلك فجاز ان يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع
وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فللمستحق الخيار ان شاء ضمن الراهن
وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما غاصب في حقه لما ظهر بالاستحقاق وبالبينة فان ضمن الراهن
قيمته فقد مات العبد بالدين لانه ملكه بالضمان من وقت وجوب الضمان وهو الغصب
وغصبه كان قبل الرهن فاذا ملكه من يومئذ صح الرهن لانه ظهر انه رهن ملك نفسه فصار
المرتهن مستوفيا دينه بهلاك الرهن وان ضمن المرتهن قيمته يرجع المرتهن على الراهن بقيمة
الرهن لانه مغرور من جهته فانه رهنه على انه ملكه وفي قبض المرتهن منفعة للراهن ووجه لانه
يستفيد به براءة الذمة عند هلاك الرهن والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان كما يرجع

المستاجر على الموجر والمودع على المودع ويرجع بالدين عليه لانه استقص اقتضاءه فعاد حقه كما كان
قال ابو حازم هذا خلط لانه لما رجع بضمان القيمة على الراهن استقر الضمان عليه والملك
في المضمون يقع لمن يستقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين انه رهن ملك نفسه
فصار كما ضمن المستحق الراهن ابتداء والجواب عنه ان المرتهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور
والغرور انما يحصل بالتسليم الى المرتهن فانما يملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن سابق عليه ولا
يكون راهنا ملك نفسه فاما المستحق فانما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق ولا بتسليمه فيملكه
من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده ولان الراهن انما يتلقى الملك في الرهن من جهة المرتهن
فالمرتهن يملكه اولا ثم ينتقل اليه كما في الوكيل بالشراء كانه اشتراه من المستحق ثم باع من الراهن
وهذا لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن يملك المضمون ضرورة ولكن لما كان قرار الضمان
على الراهن ينتقل اليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لانه بالقبض صار غاصبا فيملكه
الراهن بعده من جهته فيكون ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف على اجازته وان تصرف الراهن في ملكه كالوصية
يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على اجازة الورثة لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان المانع من
النفاذ حقه وقد زال بالاجازة وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لان المقتضي لنفاذ البيع موجود
وهو التصرف الصادر عن الاهل في المحل وعدم النفاذ للمانع وقد زال واذا نفذ البيع باجازة المرتهن
ينتقل حقه الى الثمن في الصحيح وعن ابي يوسف ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون رهنا فهو
رهن والا فلا يكون رهنا لانه اذا اجاز بهذا الشرط فما رضي ببطلان حقه عن العين الا وان يكون
متعلقا بالبدل فاما اذا لم يشترط فقد سقط حقه عن المرهون والثمن ليس بمرهون فلا يتعلق حقه به
وجه الظاهر ان خروجه عن الرهن بالبيع والبيع اوجب الزوال الى بدل فيتعلق حقه بالبدل سواء
شرط او لا كما لو استهلكه انسان فانه يتعلق حقه بالقيمة وهذا لان حقه بالمالية وهو باق لقيام
البدل مقام المبدل الا ترى ان العبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لرضاهم
بالانتقال لا بالسقوط اصلا فكذا هذا واذا لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد

لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لانه يملك الاجازة فيملك الفسخ كالمالك لان حقه بمنزلة
الملك وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه واليه اشار في الجامع الكبير لان التوقف مع المقتضي للنفاذ
انما كان لصيانة حقه وحقه يتصان بانعقاد هذا العقد موقوفا واذا بقي موقوفا فان شاء المشتري
صبر حتى يفتك الراهن الرهن ويسلم له المبيع لان المانع على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي
ليفسخ القاضي العقد لحكم العجز عن التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه كما اذا ابق العبد المشترى
قبل القبض فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع الابق وان شاء رفع الامر الى القاضي ليفسخ
العقد لحكم العجز عن التسليم فان باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن
فالثاني موقوف ايضا والموقوف لا يمنع توقف الثاني فجاز البيع الاول ان اجازه وجاز البيع الثاني
ان اجازه ولو باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة
دون البيع نفذ البيع السابق والاصل ان تصرف الراهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازة
المرتهن واذا اجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه فان كان تصرفا لا يبطل حقا للمرتهن فبالاجازة يبطل حق
المرتهن والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن وان كان المرتهن اجاز
للاحق فاذا ثبت هذا فنقول المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتحول حقه الى الثمن فان الثمن
يصير رهنا عنده ويكون المرتهن احق بثمنه من الغرماء اذا مات الراهن فصح تعيينه لتعلق الفائدة به
ولا حق للمرتهن في هذه العقود اذ لا بدل في الهبة والرهن والبدل في الاجارة في مقابلة المنفعة
وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فنفذ
البيع السابق كما لو باع المستاجر من اثنين فاجاز المستاجر البيع الثاني نفذ الاول لانه لا حق له في
الثمن فكانت الاجازة اسقاطا فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه موسرا كان او معسرا
وقال الشافعي لا ينفذ اذا كان معسرا لانه تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال فكان مردودا ابدا اولى
لان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ بيع المكاتب دون العتق فلما لم ينفذ بيع الراهن
رعاية لحق المرتهن فلان لا ينفذ اعتاقه اولى بخلاف ما اذا كان المعتق موسرا حيث ينفذ على
بعض اقواله لان حق المرتهن امكن استدراكه بايجاب الضمان عليه بخلاف اعتاق المستاجر
اذ الاجارة تبقى بعد العتق لان الحر يقبل الاجارة اما الحر فلا يقبل الرهن فافترقا ولنا

انه يخاطب اعتق ملك نفسه فلا يبطلوا اعتاقه بعدم اذن المرتهن كالمشتري اذا اعتق المبيع قبل القبض
وكاعتاق الابق والمغصوب وهذا لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن او حق البيع بالدين
على اختلاف الاصلين وشيء من ذلك لا ينافي ملك العين فتبقى على ملك الراهن والاعتاق يعتمد ملك العين
دون اليد فان قيل في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا ينفذ كالبيع قلنا الثابت للراهن حقيقة
الملك والثابت للمرتهن حق فقضية الحقيقة تندفع النفاذ وقضية الحق تندفع عدم النفاذ فرجحنا جانب
الحقيقة على الحق لانها اقوى على انه انما يبطل حقه ضرورة بطلان ملك الرقبة لان يبطل اصلا
بالاعتاق فصار كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من حق المرتهن لان له
ملك اليد والرقبة ولهذا ملك اليد فقط فاذا لم يمنع الاقوى الاعتاق فلان لا يمنع الادنى
اولى ولهذا اذا اعتق عبدا اجره يصح وتبطل الاجارة ضمنا له نص عليه صاحب الاسرار في
طريقته وعدم نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة على التسليم ولهذا لا ينعقد بيع الابق والمساجر
والاعتاق لا يفتقر اليها بل نفاذ اعتاق الابق ولا يقال اذا اوصى المريض برقبة عبده
لانسان ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث هذا العبد لا يعتق لحق الموصى له لانه يعتق
عندهما في الحال وعنده يخرج الى الحرية بالسعاية واذا نفذ الاعتاق عندنا بطل الرهن لفوات
محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين ولا يضمنه قيمته
لانه لا فائدة في تضمين القيمة مع حلول الدين لانه لو ضمنه قيمته وهو من جنس حقه لوقع
فعله استيفاء فلم يكن في التضمين وانه يقع استيفاء لعين حقه فائدة الا اذا كان الدين من خلاف
جنس القيمة وان كان الدين موجلا يوخذ منه قيمة العبد وتكون رهنا مكانه حتى يحل
الدين لان تصرفه وان صادف ملكه الا انه تعدى الى حق المرتهن فيجب الضمان ويكون رهنا قائما
مقامه دفعا للضرر عن المرتهن فاذا حل الدين اقتضاه بحقه لو كان من جنس حقه ورد الفضل
وان كان المعتق معسرا سعى العبد للمرتهن في اقل من قيمته ومن الدين وقضى به الدين الا اذا كان
بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق وجب الرجوع الى من يسعى
بالعتق وهو العبد لانه صاحب محل التلف والمحال في حكم الشروط ومتى تعذر تضمين صاحب
السبب تضمن صاحب الشرط كالحافر مع الدافع ثم يرجع العبد بما سعى على سيده اذا ايسر

لانه

العين

لان في هذا الفصل [illegible] والسعاية عن العبد للمرتهن

لانه سعى في دين عليه بالزام الشرع مضطرا او من قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه
بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في اعتاق احد الشريكين لانه يودي ضمانا عليه لانه اصلح الطالب
ولم يود ضمانا عن غيره وهذا لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما
وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن وقد حققناه في كتاب
الاعتاق ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في العبد المشترك اذا اعتقه احد الشريكين في حالتي
اليسار والاعسار وفي العبد المرهون في حالة الاعسار فحسب لان الثابت للمرتهن مجرد الحق
والثابت للشريك حقيقة الملك فاوجب السعاية هنا في حالة واحدة وثم في الحالين اظهارا للتفاوت
رتبته ولم يجعل المشتري للبائع ان اعتقه المشتري قبل قبضه وهو مفلس عندهم في الظاهر
وعن ابي يوسف انه يسعى في قيمته للبائع ثم يرجع بها على المشتري كالمرهون اذا اعتقه
الراهن وجه الظاهر ان حق البائع في الحبس قبل القبض ضعيف حتى يبطل حقه في الحبس
بالاعارة من المشتري ولا يملكه في الاجرة ولم يتعلق الاستيفاء بهذا المحل وانما ثبت له حق الحبس
ليستوفي من محل اخر وحق المرتهن قوي حتى لا يبطل حقه بالاعارة من الراهن ليتمكن من الاسترداد
وله يد استيفاء في هذا المحل في الحال ويتعلق حقيقة بالهلاك فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا
بين القوي والضعيف وهذا امر يأباه العقل ولو قال المولى لعبده قد رهنتك عند فلان
وكذبه العبد ثم اعتقه المولى وهو معسر لزمه السعاية عندنا وقال زفر لا يلزمه لان قول
المولى غير مقبول في الزام السعاية عليه كما لو اقر به بعد الاعتاق ولنا انه اقر بتعلق الحق
في وقت يملك التعليق فيه اذ الولاية له باعتبار الملك والملك قائم فلم يعتبر تكذيب العبد
بخلاف ما لو اقر بعد العتق لانه اقر به في حال انقطاع الولاية فلا يقبل ولو دبره الراهن صح
تدبيره بالاتفاق اما عندنا فلان التدبير لو صح حق العتق له فاذا لم يمنع حقيقة العتق حق
المرتهن فحق العتق اولى واما عند الشافعي فلان التدبير لا يمنع البيع فلا يكون مبطلا لحق المرتهن
ولو كانت امة فاستولدها صح الاستيلاد بالاتفاق اما عندنا فظاهر واما عنده فلذلك
لان الاستيلاد لما نفذ بحق الملك للاب في امة ولده فلان ينفذ بحقيقة الملك للراهن فيها اولى
واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية لان استيفاء الدين لا يصح منهما فان كان الراهن موسرا

ضمن قيمتهما ويكون رهنا مكانهما ان كان الدين مؤجلا وان كان حالا فكما مر في اعتاق الراهن
وان كان الراهن معسرا فللمرتهن ان يستسعي المدبر وام الولد في كل الدين لان كسبهما مملوك للمولى وقد
قدر الراهن على اداء الدين بكسبهما ولو كان قادرا على ذلك بمال اخر امر بقضاء الدين منه فكذلك
اذا كان قادرا عليه بكسبهما بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسب المعتق
خالص حقه فلا يجبر على ان يقضي به دين غيره ولكن قد سلمت له مالية رقبته وكان مشغولا لحق المرتهن
فتلزمه السعاية في ذلك القدر لاحتباسه عنده كما تجب السعاية على معتق البعض للشريك الساكت
اذا كان المعتق معسرا ولا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة وكسب المملوك
لما كان للمالك كان حكمه حكم المالك فيما يلزمه من قضاء الدين والراهن كان مجبرا على قضاء الدين
بملكه فيؤمر كل واحد من المدبر وام الولد بالسعاية في كل الدين ايضا ولا يرجعان بما يؤديان
على المولى بعد يساره لانهما يؤديان من كسبهما فيكون الاستيفاء واقعا من ملك المولى بخلاف
المعتق فانه يرجع لان الاستيفاء يقع من ملك المعتق وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع وهذا
اذا كان الدين مؤجلا لم يسع المدبر الا في مقدار قيمته لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما
يجب رد عوض الرهن الى يد المرتهن فيتقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض فاما اذا
كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيستوي الكل فيه ولو اعتق
الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا في مقدار قيمته لان كسبه بعد
العتق ملكه وكان الاداء من كسب مملوك له فصار كما لو اعتقه وما اداه قبل العتق لا يرجع به
على المولى لانه اداه من ملك المولى ولو اقر على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره سعى في قيمته
منذ عتق لانه لا ولاية له على ماليته فيصح بقدر المالية ولو قتله عبد قيمته مائة ودفع به ثم
اعتقه سعى في مائة لقيامه مقام الاول واتلافه كاعتاقه اي لو استهلك الراهن الرهن فالجواب
فيه كالجواب فيما اذا اعتق الراهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في
يد المرتهن لان للبدل حكم المبدل الا في السعاية لاستحالة وجوب السعاية على المستهلك
وان اتلفه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة منه ويكون رهنا في يده لانه احق
بالمبدل فيكون احق بالبدل وبالخصومة في استرداده والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك
فان

فان كانت قيمته يوم الرهن الفا ويوم استهلكه خمسمائة غرم المستهلك قيمته خمسمائة وكانت
رهنا وسقط خمسمائة من الدين فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كانها هلكت بآفة والمعتبر في
ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه فاذا هلك
تقرر موجب القبض السابق ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير
وكان مضمونا عليه وكانت رهنا في يده حتى يحل لان للبدل حكم المبدل فاذا حل الدين وهو على
صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه من جنسه ورد الفضل على الراهن لانه بدل
ملكه وقد فرغ عن حقه وان نقصت القيمة عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته
يوم الرهن الفا وجب عليه بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك
فسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق ولا يتراجع السعر
لان تراجع السعر لا يسقط شيء من الدين كما لو رد على الراهن ووجب عليه بالاتلاف واذا
اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل به عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لان الضمان
باعتبار قبضه وقد زال ويد الراهن وهو غير مضمون لا يكون يد المرتهن وهو مضمون
لمنافاة بينهما فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض الموجب للضمان وللمرتهن ان
يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال ولهذا لو هلك الراهن قبل الرد
على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان
ليس من لوازم الرهن فولد الرهن مرهون وليس بمضمون بالهلاك واذا بقي عقد الرهن
كان له استرداده واذا استرده عاد مضمونا لانه عاد القبض بحكم الرهن فيعود بصفته
وهو الضمان وكذا لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الاخر خرج من ان يكون مضمونا وبقي مرهونا
لما بينا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف
ما اذا اجره او باعه او وهبه احدهما من اجنبي باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود هنا
الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة الغرماء لان هذه
التصرفات اوجبت حقا لازما للغير في المرهون فيبطل به حكم الرهن ولم يتعلق بالعارية حق لازم
فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن

لتقابل اليدين فيبقى ضمانه وكذا ان هلك بعد الفراغ من العمل لان يد العارية ارتفعت فظهر
الضمان وان هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لان يد العارية تخالف يد الرهن لان يد العارية
غير مضمونة وقبض الرهن مضمون فاذا ثبتت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان وكذا اذا
اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بينا ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه من قليل او كثير فهو
جائز لان الثابت للمرتهن بالرهن بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء وهو ملك اليد فاذا جاز ان
يثبت له ملك اليد والعين فيما تبرع به المديون من ماله بطريق التبرع يجوز ان يثبت له ملك اليد بالرهن
ايضا وله نظائر ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين للبائع والاجارة ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين
للمرتهن ثبوتا وانما جاز الرهن بالقليل والكثير لان المعير اطلق فالتقييد بشيء يكون زيادة عليه
فلا يجوز وهذا الاطلاق لا يمنع صحة الاعارة لانه لا يفضي الى المنازعة بمنزلة الاعارة للانتفاع
مطلقا ولو سمى له شيئا فرهنه باقل منه او باكثر ضمن لان التقييد مفيد في المنع من الزيادة والنقصان
وهذا لانه اذا رهنه باكثر فربما يرضى المعير بان يكون ملكه محبوسا بما يتيسر عليه واذا رهنه باقل
فربما يرضى المعير ان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع هو على المستعير بذلك واذا رهنه
باقل فعند الهلاك انما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه وكذا اذا سمى
جنسا لم يجز ان يرهنه بجنس اخر لان التقييد مفيد فقد يتيسر على المعير اداء جنس دون جنس
وكذا اذا امره ان يرهنه من رجل فرهنه من غيره لان التقييد مفيد فالناس يتفاوتون
في الحفظ واداء الامانة وكذا لو قال ارهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة لان التقييد مفيد معه
يرضى الانسان ان يكون ماله في بلدة لان الاماكن تتفاوت في الحفظ ومتى صار مخالفا كان
ضامنا قيمته لانه تصرف بغير اذنه فصار غاصبا وللمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير وتم
عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه رهن ملك نفسه وان شاء
ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان
وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن
بطل المال عن الراهن لان الاستيفاء قد تم بهلاك الرهن فيضمن الراهن للمعير قدر ما سقط
عنه بهلاك الرهن من الدين لانه صار قاضيا دينه بهذا القدر من ماله وفي قضى دينه بمال الغير يضمن

٢٧٨

له مثل ذلك المال لان الموجب للرجوع هو قضاء الدين دون القبض بعينه لانه قبضه برضاه وكذا
اذا اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا
هذا القدر من الدين بماله والجزء معتبر بالكل وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة
وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لرب الثوب
ما صار به موفيا لما مر ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد ان يفتكه بغير رضا الراهن ليس للمرتهن
ان يمتنع اذا قضى دينه لان المعير له حق في قضاء ما فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى
ولم يكن متبرعا بخلاف ما اذا تبرع اجنبي بقضاء الدين فلرب الدين ان لا يقبل منه لانه متبرع
لا يسعى في تخليص ملكه او تفريغ ذمته ولو هلك ثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه
او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه حفظ العين في الحالين باذن المالك وبالهلاك قبل الرهن
او بعد الفكاك لم يصر قاضيا شيئا من دينه بماله والضمان انما يتعلق باعتبار استيفاء
الدين منه ولم يتوفر وان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فالقول للمالك
هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل ان ارهنه او بعد ما افتككته فالقول للراهن مع
يمينه لان الضمان انما يجب على المستعير بايفاء الدين منه وهو ينكر الايفاء فان قيل
قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله
في ذلك الا بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثباتا ليد الاستيفاء
ولكن حقيقة الاستيفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان
يثبت منه وكان منكرا للضمان ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان
الاذن يستفاد من جهته ولو انكر اصله كان القول له فكذا اذا انكر وصفه ولو رهنه المستعير
بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء
اي القرض المسمى عشرة وقيمة الثوب عشرة يضمن المرتهن للراهن القدر الموعود وهو عشرة
لان الدين الموعود كالدين المحقق ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة هذا القدر
له من مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته له ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية
عبدا فاعتقه المعير جاز عتقه لقيام ملكه في العبد بعد الرهن كما ترى في اعتاق الراهن وللمرتهن

ان يرجع بالدين على الراهن ان شا لان دينه ثابت في ذمته وان شا رجع على رب العبد بقيمته
لان حق المرتهن يتعلق بماليته برضا المعير وقد استهلكه باعتاقه فيضمن قيمته ويكون القيمة
رهنا في يده يقبض دينه من الراهن ثم يردها على المعير لان استرداد القيمة كاسترداد
العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما
بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال ولم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن
لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق فبرئ
عن الضمان فان قيل اليس ان المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرا عن الضمان
ما لم يصل العين الى المالك وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرا عن الضمان قبل وصول
المال الى مالكه قلنا ثم يد المستعير يد نفسه فالعود الى المكان المشروط لا يصير رادا
للعين على المالك لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده كيد المالك فبالعود الى الوفاق
يصير رادا عليه حكما وما نحن بصدده نظير مسئلة الوديعة لان تسليمه الى المرتهن يرجع
الى تحصيل مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع
على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ به من الضمان ولو افتكه
الراهن وقبضه ثم استخدم العبد او ركب الدابة فهو ضامن لاستعماله ملك الغير بغير اذنه
فان لم يعطب في الخدمة والركوب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه فلا ضمان عليه
لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير فقد انتهت الاستعارة بالفكاك والمودع
اذا خالف ثم ترك الخلاف برئ من الضمان والمعير اذا اراد استرداد المرهون بعد ما مات
المستعير لا يملك ذلك ما لم يرد دين الغريم وهو المرتهن كما في حال حيوة المستعير كذا في الجامع
الكبير لشمس الائمة السرخسي ولو مات مستعير الرهن مفلسا بقي رهنه ولم يبع الرهن الا برضا
المعير لان ملكه قايم فان اراد المعير البيع وابى المرتهن وبه وفاء بيع بلا رضاه لان حقه في الاستيفاء
وقد سلم له وان لم يكن فيه وفاء شرط رضاه لان له في الحبس منفعة فقد يحتاج المعير الى الرهن
فيقضي دينه او يتغير السعر فلو مات المعير مفلسا وعليه دين دون المستعير امر راهنه بقضاء
دينه ورد رهنه ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز لعسرته فالرهن بحاله كما لو كان حيا ولورثته

المعير اخذه ان يقضوا دينه لانهم بمنزلة المورث فان طلب غرماء المعير وورثته بيعه ان كان فيه
وفاء باعوه والا لا كما مر وشرط رضا الغرماء ان لم يرتهم ما فضل وان كان يفي لم يعتبر رضا الغرماء
لوصول حقهم اليهم وكذا لو مات المعير والمستعير وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة اما الاول
فلانه يتلف به حق المرتهن ويتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان الا ترى ان تعلق
حق الورثة بمال المريض يمنع تصرفه بما زاد على الثلث وكذا الورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته
ضمنوا قيمته ليشترى بها عبدا يقوم مقامه واما الثاني فلان ملك المالك قد تعدى عليه المرتهن
فيضمنه لمالكه ويسقط من دينه بقدر الضمان اذا كان الضمان بصفة الدين وجناية الرهن
على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة
والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطاء في النفس او فيما دونها
اما الاول وهو بالاتلاف فلانها جناية المملوك على المالك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب
المال هدر بخلاف الجناية الموجبة للقصاص لان المستحق بها ذمته والمولى من دمه كالاجنبي
وهذا بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه فانها تعتبر عند ابي حنيفة مع ان المغصوب
مضمون على الغاصب كما ان المرهون مضمون على المرتهن لان الملك عند اداء الضمان يثبت
للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فتبين ان العبد جنى على غير مالكه فاعتبرت واما
ضمان الرهن وان تقرر على المرتهن فلا يوجب الملك له في العين ولهذا لو مات كان الكفن
على الراهن فلا يتبين به ان جنايته كانت على غير مالكه فلهذا كانت هدرا فالحاصل ان المرهون
من حيث انه مضمون المالية كالمغصوب ومن حيث ان عينه امانة كالوديعة فباعتبار
انه كالامانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدرا وباعتبار انه كالمغصوب يجعل
جنايته على الضامن هدرا واما الثاني فلهما ان هذه جناية حصلت على غير مالكه
والاصل في جناية بني ادم ان تعتبر ثم ان كان في اعتبارها فايدة وفي اعتبارها هنا فايدة
لان موجب اعتبار الجناية الدفع وللمرتهن غرض صحيح في تملك العبد وان سقط دينه فوجب
ان تعتبر ثم ان شا المرتهن والراهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن فاذا قبله
المرتهن صار العبد له وبطل الدين وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وهو نظير

المغصوب فان جنايته على الغاصب تعتبر عندهما وعنه لا تعتبر وانما متى اعتبرنا حكم هذه
الجناية للرهن كان على المرتهن التصحيح من الجناية لانها حصلت في ضمانه فاذا اوجبنا الضمان
له واوجبنا عليه التطهير والتخليص لم يكن في اعتبارها فايده ولا يمكن اعتبار جناية المنفعة
بثبوت الملك له في العبد فان ذا لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا
اذا لم يكن عليه من الغرامة واما اذا جنى على مال المرتهن فانها لا تعتبر بالاتفاق اذا كان
قيمته والدين سواء لانه لا فايده في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفايدة واذا كانت
القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انها تعتبر بقدر الامانة لان ذلك الفضل ليس في ضمانه
فصار بمنزلة عبد الوديعة اذا جنى على المستودع فانها تعتبر وعنه انها لا تعتبر لان
الفضل وان لم يكن مضمونا فحكم الرهن فيه ثابت وهو الحبس بالدين فصار بمنزلة المضمون
وجناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن كالجناية على الاجنبي في الصحيح لان المعنى
الذي يستدعي اهدار موجب الجناية وقوعها من المملوك على المالك او كون العبد الجاني
في ضمانه وقد فقد في حق الابن فكانت الجناية عليه وعلى الاجنبي سواء فيدفع بها او يفدى
رهن عبدا قيمته الف بالف فقتله عبد قيمته مايه فدفع به او تراجع سعر العبد حتى صار
يساوي مايه فكل بكل الدين خلافا لزفر ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص سعره
الى مايه فقتله حر يغرم قيمته مايه ثم حل الاجل ياخذ المرتهن مايه بحقه ولا يرجع بتسعمايه على
الراهن ولو امر الراهن للمرتهن ببيعه اذا حل الاجل فلما حل باعه بمايه فانه يقبض المايه قضا
حقه ويرجع على الراهن بتسعمايه فهنا فصول اربعة فالفصل الثالث والرابع على
الاتفاق والاصل ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين وعند زفر يسقط تسعمايه
من الدين لنقصان المالية بتغير السعر كما لو انتقصت المالية بتغير في البدن وهذا لان الضمان
الثابت بالرهن باعتبار المالية دون العين فانه ضمان الاستيفاء والمالية تنتقص بنقصان السعر
كما تنتقص بنقصان العين قلنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا
غير معتبر في شيء من العقود ولهذا لا يثبت الخيار للمشتري بنقصان السعر ولا يسقط شيئا من
الثمن ولو انتقص سعر المغصوب لا يضمن الغاصب بخلاف نقصان البدن لان يد الرهن يد الا
ستيفا

عندنا [illegible] (marginal note)

شيئا (marginal note)

ابواب

وبفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه فاذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر في الفصل
الثالث بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مايه لان المتلف تعتبر قيمته يوم
الاتلاف اذ الجابر بقدر الفائت فيقبض المرتهن المايه قضا مثلها من الدين لانه ظفر بجنس حقه
في ذلك القدر ولا يرجع على الراهن بشيء من تسعمايه لان الفضل على المايه توى من ضمان المرتهن
فصار هالكا بالدين وهذا لان يد المرتهن يد استيفاء وبالهلاك يتقرر الاستيفا وقد كانت
قيمته في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء وصار كما لو هلك الرهن فانه يسقط
كل الدين واما الفصل الرابع وهو ما اذا باعه بمايه فانه يصح لانه ان كان موضوع المسئله
ان سعره يراجع الى مايه فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فيصح بالاجماع وان كان موضوع المسئله
انه لم ينقص فيصح البيع ايضا عند ابي حنيفة وصح عندهما ان قال بع بما شئت واذا صح البيع
صار المرتهن وكيل الراهن لما باعه باذنه وصار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان
ذلك بطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفي كذا هذا واما الفصل الاول وهو ما اذا
رهن عبدا قيمته الف بالف فقتله عبد قيمته مايه ودفع به افتكه بجميع الدين جبرا ولا خيار
له بين ان يفكه او يدعه بكل الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ان الراهن اخذه
وادى الدين كله وان شا سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه وقال زفر يفتكه بمايه وسقط
ما زاد على ذلك لان النقصان حصل في ضمان المرتهن وكان محبوسا عليه كما لو تراجع سعر
الاول الى مايه ثم قتله حر فغرم قيمته مايه فانه يسقط من الدين تسعمايه وياخذ المرتهن مايه
قضا مثلها كما مر اتفاقا ولنا ان العبد المدفوع قام مقام الاول بلحمه ودمه لانه بدله
فصار كان المقتول قايم وتراجع سعره ولو كان الاول قايما وتراجع سعره لم يسقط
شيء من الدين عندنا لما بينا فكذا اذا قام المدفوع مقامه واحتج محمد بان العبد وان قام
مقام الاول فقد تغير عن اصله لانه غيره في الحقيقة والمتغير لا بد من ان يوجب الخيار
لانه في ضمان المرتهن كما لو قتل المبيع عبدا في يد البايع فدفع به فانه يخير المشتري وكذا
قتل المغصوب وقيمته الف عبدا قيمته مايه فدفع به فالمغصوب منه بالخيار بين ان يتركه
على الغاصب وبين ان ياخذه ولو تراجع السعر في هاتين الصورتين ولم يقتل لم يخير كذا هنا

ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول
قايما وقد تراجع سعره لم يكن له خيار فكذا هنا وعين الرهن امانة فكيف يجوز تمليكه منه بغير
رضاه وتمليك الرهن بالدين حكم جاهلي فصار باطلا واذا بطل التمليك تعين التكفل بخلاف الغصب
لانه يملكه باداء الضمان مشروع وبخلاف البيع لان حكم الخيار فيه الفسخ وهو مشروع اما
الحمل بالدين فمنسوخ ولو تراجع سعر العبد الى مايه ثم قتله عبد يساوي مايه فدفع به فهو
على هذا الخلاف وقد مر تقرير الفصل الثاني واذا قتل العبد المرهون قتيلا خطاء فضمان
الجنايه على المرتهن لان العبد في ضمانه ويقال للمرتهن افد العبد عن الجنايه وليس للمرتهن
ان يدفع العبد لان الدفع تمليك وهو لا يملك التمليك فاذا فداه طهر المحل وبقي الدين
على حاله ولا يرجع على الراهن بشي من الفدا لان الجنايه حصلت في ضمانه فكان عليه
اصلاحها وان ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالديه لان
ملك الرقبه للراهن وانما يفدي المرتهن بالفدا لقيام حقه فان ابى عن الفدا طولب
الراهن بحكم الجنايه ومن حكمها التخيير بين الدفع والفدا فاذا اختار الدفع سقط الدين
لان العبد استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذا ان فدا لانه استخلص
لنفسه بالفدا وكان الفدا على المرتهن فصار العبد كالحاصل له بعوض كانه اشتراه من
ذي الجنايه وان ولدت المرهونه ولدا فقتل انسانا خطاء او استهلك مال انسان فلا ضمان
على المرتهن بل يخاطب الراهن بالدفع او الفدا في الابتدا لانه غير مالك وانما يتوجه عليه الخطاب
بجنايه الرهن لان المحل مضمون عليه والولد غير مضمون على المرتهن فان دفع المولى خرج
من الرهن ولم يسقط شي من الدين كما لو هلك وان فدا فهو رهن مع امه على حاله ولو استهلك
العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي على العبد فدينه على حاله
كما في الفدا في باب الجنايه لانه ازال الشغل وطهر المحل وان ابى قيل للراهن بعه في الدين
الا ان يختار ان يودي عنه الدين فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفدا وان لم
يود وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين
المرتهن وحق ولي الجنايه لان دين العبد يقدم على حق المولى فاولى ان يقدم على حق المرتهن

فان

فان فضل من دين الغريم شي نظر في ذلك فان كان دين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر بطل دين
المرتهن وما فضل للراهن لان الرقبه استحقت لمعنى في ضمان المرتهن فسقط دينه وبقي وهنا فان كان
دين المرتهن قد حل اخذه بدينه لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسك الباقي حتى يحل وان كان
ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي من الدين على احد حتى يعتق العبد
لان دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت الرقبه فيتاخر الباقي الى ما بعد العتق
واذا اعتق وادى لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله ولو كان قيمة العبد الفين وهو
رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان نصفه مضمون ونصفه امانه وفدا المضمون
على المرتهن وفدا الامانه على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع
لا يكون من المرتهن لانه تمليك وهو لا يملك التمليك والمراد به ان الراهن دفع ورضي به
المرتهن فان تشاحا فقال المرتهن انا افدي وقال الراهن انا ادفع فللمرتهن ان يفدي
لان الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن والمرتهن لا يسقط حق الراهن بل يحفظ حق نفسه
من غير اضرار بالراهن فكان اختياره اولى ويكون المرتهن في الفدا متطوعا في حصة
الامانه حتى لا يرجع على الراهن لانه كان يقدر ان لا يلتزم الفدا حتى يخاطب الراهن
فلما التزمه والحالة هذه صار متبرعا وهذا على الروايه التي تروى عن ابي حنيفه انه اذا
فدى مع حضوره لا يرجع فاما على الروايه الاخرى فينبغي ان يرجع بحصة الامانه
لانه لا يقدر على اصلاح حقه في المضمون الا بعد اصلاح الامانه وكذا في جنايه ولد
الراهن اذا قال المرتهن انا افدي فله ذلك وان كان الراهن يختار الدفع لان الولد
وان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفدا غرض صحيح وهو زيادة التوثيق لاستيفا
دينه ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي ولو قال الراهن انا افدي وقال
المرتهن انا ادفع فليس الدفع الى المرتهن وللراهن ان يفديه لانه لا ولايه لا خيار
للمرتهن في الدفع لانه يسقط دينه بالدفع كما يسقط بالفدا وفي الدفع اسقاط حق الراهن
في الرقبه وله غرض صحيح في استبقا الرقبه بالفدا وكان في اختيار المرتهن الدفع تفويت
غرض الراهن بلا فايده وان ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن

كلا يفتري

نصف الفدا من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفدا
اقل سقط من الدين بقدر نصف الفدا وكان العبد رهنا بما بقي لان الفدا في النصف المضمون
كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له ان يرجع عليه فيصير قصاصا بدينه
كانه اوفى بعضه فبقي العبد رهنا بالباقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع
وان كان غايبا لم يكن متطوعا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد وزفر والحسن المرتهن
متطوع حاضرا كان الراهن او غايبا لانه فدى ملك غيره بغير امره فصار كالاجنبي وله
انه اذا كان الراهن حاضرا فقد امكن مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع وصار كالاجنبي
فاما اذا كان غايبا فقد تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه
ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين
لان الوصي قايم مقام الموصي في قضاء ديونه وقد كان له بيع الرهن قبل موته باذن المرتهن
فكذا الوصي وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا
للمسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليودي ما عليه لغيره ويستوفي
ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمايه يتوقف
على رضى الاخرين ولهم ان يردوه لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن
ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن حكما فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان
يردوه نفذ لزوال المانع وهو حق بقية الغرماء ولم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن
اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن
الوصي بدين الميت على رجل جاز لانه استيفاء حكما وهو يملك ذلك وفي رهن الوصي تفصيلات
باتي في كتاب الوصايا ان شا الله تعالى

باب المتفرقات

رهن عصيرا بعشرة دراهم فصار خمرا عند المرتهن ثم صار خلا يساوي عشرة دراهم فهو رهن
بالعشرة وهذا لان عقد الرهن لم يبطل بالتخمر لان ما صلح محلا للبيع صلح محلا للرهن
لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لا يصلح محلا لابتداء البيع ويصلح لبقايه فان من
باع عصيرا فتخمر في يد البائع بقي البيع الا انه يخير في البيع لتغير وصف المبيع كالتعيب

فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم يكن وكذا لو رهن شاة قيمتها
عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بالدرهم لان موت الشاة
لم يبطل عقده بل صار المرتهن مستوفيا والاستيفاء يتاكد الرهن فاذا عادت المالية بالدبغ
فصادفت عقدا قايما فثبت فيه حكمه بقسطه لانه حيي بعض المحل بخلاف الشاة المبيعة
اذا ماتت قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود بعد الانفساخ اما الرهن فبالهلاك يتقرر
ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع والجمهور على انه لا يعود لما بينا واذا ابق
الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود رهنا عندنا كما كان وقال زفر لا يعود رهنا بل يكون ملكا
للمرتهن لان القاضي اذا جعله بالدين فقد ملكه اياه فصار كالمغصوب ثم يعود ملكا
للغاصب ولنا ان الرهن لا يملك بالدين بل يثبت بقبضه الاستيفاء من وجه ويتم بالهلاك
فاذا عاد ظهر انه لم يتم فبقي محبوسا بالدين ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف
للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل يحبسه حتى يستوفي الدين الا ان النما
ليس بمضمون حتى لو هلك في يد المرتهن لم يسقط شي من الدين وقال الشافعي النما ليس
برهن وبه قال مالك لان الثابت بالرهن حق البيع في الدين عنده وذا ليس بحق متاكد في
العين فلا يسري الى الولد كحق الوكالة بالبيع ولنا ان حق المرتهن متاكد في الاصل
فيسري الى الولد ونحوه كملك الراهن ولهذا يسري الى بدل العين الا انه لا حصة له
من الضمان لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا
الا اذا صار مقصودا بالكفالة كولد المبيع لا حصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا
بالقبض فان هلك الاصل وبقي النما افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة النما
يوم الفكاك وقيمة اصله يوم القبض كما يقسم على قيمة الزيادة القصد بها يوم العقد
لان الاصل والزيادة دخلا في ضمانه بالقبض فتعتبر قيمتهما يوم القبض والنماء انما
له حصة من الضمان بالفكاك لو هلك قبله هلك بغير شي فتعتبر قيمته حينيذ فما اصاب
الاصل سقط من الدين وما اصاب النما افتكه الراهن بحصته وسيجي بيانه بعد في المسايل
ان شا الله تعالى وفي الملتقط اذا احلب الشاة المرهونة وشرب او اكل ولدها الذي ولدت

عند المرتهن بإذن الراهن جاز له ذلك ولا يسقط شيء من الدين لأنه أتلفه بإذنه فإن لم يستهلك
الشاة حتى هلكت عند المرتهن يقسم الدين على قيمة الشاة وعلى قيمة اللبن فيسقط حصة الشاة
ويبقى حصة اللبن لأن الإتلاف المرتهن انتقل إلى الراهن لما كان بإذنه وصار الراهن
مستردًا لما أتلفه المرتهن فصار له فيسقط من الدين فيبقى بحصته وكذا حكم الولد وجميع
النماء ولو فعله الراهن بنفسه أو أجنبي بأمره فكذلك ويكون الضمان رهنًا لأن المرتهن
ما رضي بالإتلاف ينقص حقه وتجوز الزيادة في الرهن فإن رهن ثوبًا بعشرة قيمته عشرة
ثم زاد الراهن ثوبًا آخر ليكون مرهونًا مع الأول بعشرة ولا تجوز الزيادة في الدين
عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول العباس أي إذا رهن عبدًا بألف ثم حدث للمرتهن دين آخر بالبيع
أو الاستقراض فجعلا الرهن بالدين القديم رهنًا به وبالدين الحادث فإنه لا يصير
الرهن الأول رهنًا بالدين الحادث عندهما بل يكون كل الرهن بمقابلة الرهن بالدين الأول
وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضًا وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما
والاختلاف معهما في الرهن والثمن والمبيع والمهر والمنكوحة بأن زوج أمته من رجل
بمهر معين ثم زوجه أخرى بهذا المهر سواء وقد قررناه في البيوع لأبي يوسف أن
الدين مع الرهن يتحاذيان محاذاة المبيع مع الثمن حتى يكون الرهن محبوسًا بالدين مضمونًا
به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة في الرهن ملحقة بالأصل في العقد فكذا الزيادة في الدين كالزيادة
في المبيع والثمن وهذا لأن الحاجة تمس إلى الزيادة في الدين كما تمس إلى الزيادة في الرهن
بأن يكون في مالية الرهن فضل على الدين ويحتاج الراهن إلى مال آخر فيجعلانه رهنًا
بهما ولهما أن الزيادة في الدين تؤدي إلى الشيوع في الرهن لأن بعض الرهن يفرغ من الدين
الأول ليثبت فيه ضمان الدين الثاني فيبقى الأول في البعض شائعًا وثبت فيما يقابل
الزيادة شائعًا والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن فأما الزيادة في الرهن فتؤدي
إلى الشيوع في الدين لأن بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الأول إلى الثاني والشيوع
في الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهنًا ولأن الزيادة ليست على سبيل
الالتحاق بأصل العقد في المعقود عليه أو المعقود به إذ الدين ليس بمعقود عليه

حكم

ولا معقود به لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبًا قبل عقد
الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فلا يمكن إثبات الزيادة فيه ملحقة بأصل العقد
وأما الرهن فمعقود عليه لأنه لم يكن محبوسًا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسًا بعد عقد
الرهن فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق بأصل العقد والثمن يجب بالعقد
فيكون معقودًا به فيصح الفرق ثم إذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه الزيادة
قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت
لأن حكم الرهن في الزيادة إنما يثبت بقبض المرتهن فيعتبر قيمتها حين يثبت حكم الرهن فيها كما
يعتبر ذلك في قيمة الأصل حتى لو كانت قيمة الأصل يوم قبضه ألفًا وقيمة الزيادة يوم قبضت
خمسمائة والدين ألف يقسم الدين أثلاثًا في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين
والولد لا يشبه الزيادة حال بقاء أصله لأن الولد تبع فلا يتبع عنه حتى يقسم الدين
أولًا على الأم والزيادة ثم ما أصاب الأم يقسم بينها وبين ولدها على قدر قيمتهما فإن
حصلت الزيادة بعد هلاك الأم تكون رهنًا تبعًا للولد لأن الولد صار أصلًا حتى يقسم
الدين أولًا على الأم والولد ثم ما أصاب الولد يقسم بينه وبين الزيادة فيشترط بقاء
الولد إلى وقت الفكاك رهن أمة بألف فولدت فماتت فزاد عبدًا وقيمة كل واحد
الأم والولد والزيادة ألف فيقسم الدين أولًا على الأم والولد نصفين فسقط بهلاكها
نصف الدين ويبقى في الولد نصف الدين ونتبعه العبد ويقسم ما فيه عليهما نصفين
بشرط بقاء الولد إلى وقت الفكاك حتى لو هلك الولد قبل فكه ظهر أنه لم يكن في الولد
شيء من الدين وأن الأم هلكت بكل الدين وأن الزيادة لم تصح حتى لو هلك العبد
أيضًا قبل هلاك الولد أو بعد هلاكه يهلك أمانة ولو لم يهلك الولد وزاد قيمته
ألفًا فصارت قيمته يوم الفكاك ألفين فالدين يقسم أولًا على الأم والولد أثلاثًا ثلثه
في الأم وقد سقط بهلاكها وثلثاه في الولد ثم يقسم ذلك بينه وبين الزيادة أثلاثًا
ثلثاه في الولد وثلثه في الزيادة وإن نقصت قيمته فصارت خمسمائة يقسم الدين بين
الأم والولد أثلاثًا ثلثاه في الأم وقد سقطت وثلثه في الولد ثم ما أصاب الولد يقسم بينه

وبين الزيادة اثلاثا ثلثه في الولد وثلثاه في الزيادة رهن امه قيمتها الف بالف ثم قضى
الراهن نصف دين المرتهن ثم زاد عبدا قيمته الف فالزيادة تكون رهنا تبعا للنصف الامة
لان نصفها فرغ من الدين فيكون محبوسا بالدين غير مشغول بالدين والنصف الاخر مشغول
بالدين ومحبوس به والزيادة تبع للنصف المشغول لا النصف الفارغ فيقسم الدين الذي في
النصف المشغول عليه وعلى الزيادة اثلاثا ثلثه في النصف المشغول وثلثاه في الزيادة
فلو هلكت الامة تهلك بثلث الدين لان النصف الفارغ مضمون بالدين المؤدى حتى يجب على
المرتهن رد ذلك النصف الذي اخذ لانه تبين ان الاستيفاء وقع مكررا لما مر انه يصير
مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ثم تهلك النصف الاخر بما فيه وهو ثلث النصف
فلهذا قلنا بانها تهلك بثلثي الدين اذ نصف الدين مع ثلث النصف يكون ثلثي الدين ولو
زادت امة قيمتها خمسمائة فولدت الزائدة ولدا ثم ولدت الجارية ولدا يقسم الدين في الابتداء
بين نصف الجارية وبين الزائدة فما اصاب الزائدة يقسم بينها وبين ولدها على قدر قيمتهما
وما اصاب نصف الجارية يقسم بينها وبين ولدها ولو وجد المرتهن النصف المقبوض رصاصا
او ستوقا تكون الزيادة رهنا تبعا للامة يقسم الدين بينهما نصفين لان الاستيفاء
لم يصح لانها ليست من جنس الدراهم فكان كل الدين قائما في الامة بخلاف الزيوف لانه
من جنس الدراهم فيصح الاستيفاء رهن امتين بالف قيمة كل واحدة الف فولدت احداهما
ولدا قيمته الف فماتت الام وبقي الولد يقسم الدين بين الامتين نصفين ثم ما في الام
يقسم بينها وبين ولدها نصفين فسقط بهلاك الام ربع الدين وبقي في الولد ربعه وفي
الامة الحية نصفه فلو زاد عبدا قيمته الف فالزيادة تقسم على الامة وعلى الولد
على قدر دينهما اثلاثا فثلثه يكون رهنا تبعا للولد ثم الدين الذي في الولد يقسم
بينه وبين تلك الزيادة الذي هو رهن معه على قدر قيمتهما وقيمة الولد يقسم
~~بينه وبين ثلث الزيادة الذي هو رهن معه على قدر قيمتهما~~ وقيمة الولد الف وقيمة ثلث
الزيادة ثلث الالف فيجعل كل ثلث سهما فيقسم بينهما ارباعا ربعه وهو سهم لثلث الزيادة
وثلاثة ارباعه للولد وثلثاه تبع للحية فيقسم ما فيها على قدر قيمتها وقيمة ثلثي الزيادة

ثلثا الالف وقيمة الحية الف فيجعل كل ثلث سهما فيقسم عليها اخماسا خمساه في ثلثي
العبد الزيادة وثلاثة اخماسه في الحية وبهلاك العبد او الحية بما فيه وان هلك الولد تبين
ان الام هلكت بالف وانه لم يكن في الولد شيء وان الزيادة تبع للحية ولو زاد الولد الفا
والمسالة بحالها فما في امه وهو الف يقسم بينها وبين ولدها اثلاثا ثلثه للام سقط بهلاكها
وثلثاه في الولد فانقسمت الزيادة على الحية والولد على قدر دينهما اخماسا سهمان
يكونان رهنا مع الولد فيقسم ما في الولد من الدين وهو ثلث الالف بينه وبين خمسي
الزيادة على قدر قيمتهما اسداسا سهم في الزيادة وخمسة اسهم في الولد لان قيمة خمسي
الزيادة اربعمائة وقيمة الولد الفا درهم فيجعل كل اربعمائة سهما فيكون الجملة ستة اسهم
وثلاثة اسهم تكون رهنا تبعا للام ويقسم الدين الذي في الامة وهو الف بينهما
وبين ثلاثة اخماس الزيادة على نسبة على قدر قيمتهما وقيمة ثلاثة اخماس ستمائة وقيمة الامة
الف فيجعل كل مائتين سهما فيكون الكل ثمانية اسهم خمسة اسهم للامة وثلاثة اسهم لثلاثة
اخماس الزيادة رهن امة قيمتها الف بالف فاعورت سقط نصف الدين لان العين من
الادمي نصفه فلو زاد عبدا يساوي خمسمائة صحت لوجود المزيد عليه ويقسم نصف
الدين عليهما نصفين بقدر قيمتهما فان ولدت العوراء ولدا يساوي الفا قسم كل الدين على
الام والولد نصفين فقد جعل الولد الحادث بعد العور كالحادث قبل العور في
حق قسمة الدين لان الولد يلحق باصل العقد فيجعل كانه كان موجودا وقت العقد
فسقط بالعور نصف الدين غير ان الولد نصفه صار اصلا بفوات نصف الامة
ونصفه بقي تبعا لقيام نصف الامة ويجعل ربع الدين الذي في النصف التابع في حق
قسمة الزيادة كانه في الام لما مر ان الزيادة لا تتبع النصف الذي هو تبع فصار في
الام خمسمائة وفي الولد مائتان وخمسون فيقسم الزيادة على الامة وعلى نصف
الولد الذي هو اصل على قدر ما فيهما من الدين والدين في الام خمسمائة وفي النصف
~~الاصل من الولد مائتان وخمسون تقسم الزيادة على الولد الذي هو اصل على قدر ما فيهما~~
~~من الدين والدين في الام خمسمائة وفي النصف الاصل من الولد مائتان وخمسون فانقسمت الزيادة~~

عليها الا دنا بلباه صار رهنا مع نصف الاصل من الولد خمسمائة وقيمة ثلث الزيادة خمسمائة فجعلنا
كل ثلث خمسمائة سهما فصار ثلث الزيادة سهما ونصف الولد ثلاثة اسهم فانقسم ربع الدين على اربعة وقل
حساب لربعه ربع ستة عشر وربعه اربعة وانقسم بين نصف الولد وبين ثلث الزيادة على اربعة وفي الامه
نصف الدين ثمانية فانقسم بينها وبين نصف الزيادة بقدر قيمتها وقيمة ثلثي الزيادة ثلثا خمسمائة وقيمة
الام خمسمائة فالتفاوت بينهما بثلث خمسمائة فجعلنا كل ثلث خمسمائة سهما فصار الكل خمسة اسهم
فانقسم نصف الدين وهو ثمانية بينهما اخماسا وقسمة ثمانية على خمسة لا تستقيم فضربنا اصل المسئلة
وهو ستة عشر في مخرج الكسر خمسة فتكون ثمانين فمنه تخرج المسئلة فسقط بالعور ربعه عشرون
وفي النصف الاصل من الولد ربع الدين وهو عشرون انقسم عليه وبين ثلث الزيادة على
اربعة ربعه في ثلث الزيادة خمسة وخمسة عشر في نصف الولد ثم الدين الذي في الامه وهو
اربعون ينقسم بينها وبين ثلثي الزيادة اخماسا خمساه في ثلثي الزيادة ستة عشر وثلاثة اخماسه
في الامه اربعة وعشرون انقسم بينها وبين نصف الولد التابع نصفين لكل واحد اثنا عشر
فاجتمع في الزيادة من خمسة ومن ستة عشر فتكون الكل احدا وعشرين وفي الولد سبعة
وعشرون وفي الامه اثنا عشر فتكون الكل ستين وهذا معنى قوله انه تسكن
العوراء وولدها بتسعة وثلاثين جزءا من الدين والزيادة باحد وعشرين وسقط
عشرون وهذه المسئلة تلقب بالعوراء والثامن رهن امة بالف قيمتها الف فولدت
ولدا يساوي الفا ثم زاد الراهن مع الولد عبدا يساوي الفا فهو جائز وهو رهن
مع الولد خاصة فيقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة ولا تدخل الزيادة مع الام
لان الرهن انما يثبت باثبات الراهن وهو قد جعله زيادة مع الولد دون الام فلا
على هذا الوجه فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما
اصاب الولد قسم على قيمة الولد يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت
فان مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج عن العقد
وصار كان لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة ولو كانت الزيادة مع الام يثبت الحكم على
الوجه المشروط فيقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض

فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة اذا دخلت على الام فكانها كانت في
اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب
ما كان فيها وبقي الولد والزيادة في الولد لان هلاك الام يقرر الضمان ولا يبطل الحكم في
الزيادة بخلاف الزيادة في الولد ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان ما للعبد
زيد في الام ولا ولد معها رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر يساوي الفا
مكان الاول فالاول رهن حتى يرد على الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان
الاول لان الضمان في الاول متعلق بالقبض والدين فيبقى ما بقي القبض والدين فاذا لم يرد
لم يبق الاول رهنا في يده من ضرورته بقائه ان لا يبقى الثاني لان الراهن لم يرض بجعلهما
رهنا وانما رضي باحدهما فاذا لم يخرج الاول عن ضمان الراهن لم يتعلق بالثاني ضمان
فاذا رد الاول انتقض الرهن فيه وقام الثاني مقام الاول ثم قيل ما لم ينقض الثاني
قبضا مستأنفا لم يصر مضمونا لان القبض الاول لم يوجب الضمان لان يد المرتهن عليه
يد امانة ويد الراهن يد استيفاء فلا ينوب الادنى عن الاعلى كمن له على اخر جياد فاستوفى
زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فالجياد امانة في يده ما لم يرد
الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط تجديد القبض لان يد الامانة تنوب عن يد الرهن
لان الرهن تبرع كالهبة وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة لما مر ولان عين الرهن
امانة لما بينا والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين واذا ابرأ المرتهن
الراهن عن الدين او وهبه له ثم هلك الرهن في يد المرتهن ولم يحدث منعا بعد الابراء هلك
بغير شيء ولا ضمان على المرتهن استحسانا وقال زفر يضمن قيمته للراهن وهو القياس لان
القبض وقع مضمونا فبقي الضمان ما بقي القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض
والدين لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين وبالابراء لم يبق احدهما وهو الدين
والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا لو رد الراهن سقط الضمان
لعدم القبض وان بقي الدين ولذا اذا ابرأه عن الدين يسقط الضمان لعدم الدين وان بقي
فاما اذا احدث المرتهن بعد البراءة منعا ثم تلف في يده ضمن قيمته لانه حين المنع لم يبق فصار

بالمبيع غاصبا فيضمن القيمة وكذا لو ارتهنت امراة رهنا بصداقها من امراته او وهبت له
او ارتدت قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء فهذا له
ولم يضمن شيئا لسقوط الصداق فصار كالبراءة عن الدين كما مر ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن
او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه
وهو من عليه الدين او المتطوع على خلاف الابراء والفرق ان بالابراء يسقط لوجود المسقط
وبالاستيفاء لا يسقط الدين بل يتقرر لكونه متعذر المطالبة لخلوها عن الفائدة لانه يعقب
مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فتبين انه استوفى مرتين فينتقض الاستيفاء
الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عن الدين على عين لانه استيفاء وكذا اذا احال
الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لان بالحوالة لا يسقط
الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام المحيل ولهذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات
المحتال عليه مفلسا وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين كذا في الهداية
ووجهه ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود وقد
ثبتت الجهة لانه يحتمل ان يتصادقا على قيام الدين بعد ان تصادقا على ان لا دين فصار
الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن
ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن
قائم ثم هلك الرهن فانه يهلك امانة لان تصادقهما ينفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى
بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن
اختلف المشايخ فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا رجل دفع مهر غيره تطوعا فطلقت المراة قبل
الدخول رجع المتطوع بنصف ما ادى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل باداء ثمنه ثم رد
العبد بعيب رجع المتطوع بما ادى وهذا عندنا وقال زفر الزوج والمشتري يرجعان بذلك
على القابض لان المتطوع ودفع عنهما فصار كقضائه بامرهما ولنا انه اذا قضى بامرهما يرجع عليهما
بما ادى فيملكاه بالضمان وههنا لم يملكاه فبقي على ملك المتطوع مرهونة بالف قيمتها الف ولدت
ولدا قيمته خمسمائة ثم قتلها عبد قيمته الف ودفع بها فاعور فله الراهن باربعة اسباع الدين

وذهب ثلثة اسباعه لان الام لما ولدت انقسم الدين عليهما اثلاثا ظاهرا على عدد القيمة فلما
قتلها عبد ودفع بها قام مقامها اثلاثا ثلثاه بازاء الام وثلثه بازاء الولد فلما اعور ذهب نصف
كل واحد منهما وقد كان بازاء الام ستمائة وستة وستون وثلثان فصار ثلثمائة وثلثة وثلثين
وثلثا وقد كان ثلثه بازاء الولد وقد ذهب نصفه حتى سدسه وذلك مائة وستة وستون وثلثان
هذا حاصل ما بقي منه والمعتبر قيمة الام يوم العقد وذلك الف وقيمة الولد يوم الفكاك
وذلك سدس الالف مائة وستة وستون وثلثان لان حصته من الدين الثلث وعاد بالعور
الى النصف اعني نصف الثلث ولم يسقط شيء من الدين لانه لا حصة له من الدين الا حال فكاكه
فيجعل الولد سهما والام ستة اسهم فنصف سبعه وقد ذهب بالعور نصف ما في الام وذلك
ثلثة وفي الولد سهم فذلك اربعة اسهم من سبعة وذهب من الدين ثلثة اسباعه فلهذا
قال محمد يفتكه باربعة اسباع الدين مرهونة بالف وقيمتها الف ولدت ولدا يساوي
الفا فقتلتها امة تساوي مائة ودفعت بها فولدت المدفوعة ولدا قيمته الف فاعورت
المدفوعة ذهب من الدين جزء من اربعة واربعين جزءا وذلك اثنان وعشرون درهما
وثلاثة ارباع درهم تقريبا وجزء من اربعة واربعين جزءا من درهم ويؤدي ما بقي وهو
تسعمائة وسبعة وسبعون درهما وربع درهم وجزء من اربعة واربعين جزءا من درهم
بيانه ان الام لما ولدت ولدا قيمته الف انقسم الدين عليهما نصفين لان المعتبر قيمتها
مائة فدفعت بها فقامت مقامها في الدين لقيامها مقامها لحما ودما كان الاولى ان يرجع سعرها
فلما ولدت القاتلة ولدا انقسم ما فيها عليها على قيمة القاتلة وهي مائة وعلى قيمة ولدها
وهي الف فصار احد عشر فصار نصف الدين على احد عشر وصار نصف الدين في الولد الاول
كذلك وصار كله اثنين وعشرين سهما في القاتلة وقد ذهب بالعور نصفه فانكسر فصار بالتضعيف
اربعة واربعين سهما اثنان وعشرون في الولد الاول وعشرون في الولد الثاني وسهمان في القاتلة
ذهب سهم بالعور فهذا معنى قول محمد ذهب من الدين جزء من اربعة واربعين ولو لم تعور
ولكن قتلها والولدين عبد قيمته الف ودفع بهم فاعور فان الالف الدين يقسم على ستة وعشرين
سهما فيسقط حظ الولد الاول خمسة من ستة وعشرين ويقسم ما بقي وهو احد وعشرون على سبعة

اسهم وعشر سهم ونصف عشر وبقي سهم ونصف عشر بيانه ان العبد لما سلمهم ودفع بهم
قام مقامهم وصار العبد على احد وعشرين لان القاتل قام مقامهم باعتبار قيمتهم وذلك الف
ومايه لان قيمة القاتلة مايه وقيمة كل واحد من الولدين الف فنجعل كل مايه سهما وذهب
بالعور نصف بدل كل واحد من الثلاثة فبقي من كل ولد خمسه وبقي من القاتلة نصف سهم
الا ان بذهاب بدل الولدين لا يسقط شي من الدين ولكن يظهر بطلان القسمة لانا قسمنا
الدين على الامة الاولى وعلى ولدها نصفان بتقدير بقاء ولدها الى وقت الفكاك ولم يبق الاولى
القيمة فنقول قيمة المقتوله الف ولما جعلنا العبد وقيمته الف على احد وعشرين صار كل
الف احد وعشرين فصارت قيمة المقتوله الاولى احدا وعشرين ولما بقي من قيمة ولدها
خمسة فجعلناها سته وعشرون يقسم الدين اولا على سته وعشرين خمسه في الولد واحد
وعشرون في الام فاذا قتلها امه تحول ما فيها وهو احد وعشرون من سته وعشرين
الى المدفوعه فلما ولدت القاتلة ولدا قيمته يوم الفكاك خمسه يقسم ما فيها على قيمتها
يوم الدفع وهي مايه وعلى قيمة ولدها يوم الفكاك خمسه على سبعه اسهم وعشر سهم لان نسبة
المايه عشر الالف فكانت المدفوعه على سبعه اسهم وعشر سهم فما اصاب سهمين وعشر
سهم فهو حصة المدفوعه فان بالاعورار نصفه وهو سهم ونصف عشر وبقي سهم ونصف عشر
وما اصاب خمسه اسهم فهو حصة ولدها مرهونه بالف قيمتها الف فقطعت يدها امه تساوي
خمسمائه ودفعت باليد ثم ولدت كل واحده ولدا قيمته خمسمائه ويسلم عبد قيمته الف فدفع بهم
فاعور العبد فالراهن يفتكه بسبعه وعشرين جزءا من خمسه واربعين جزءا من الدين لان الجاريه لما
دفعت باليد قامت مقام نصف المقطوعه لان اليد من الادمي نصفه وكان في كل واحد منهما
نصفه وانقسم ما في كل واحد منهما عليها وعلى ولدها نصفين ثم العبد المدفوع بالاربعة قام مقامهم
اربعا اي كل واحد منهم ربعه لاستواء القيم فلما اعور ذهب من كل واحد نصفه فبقي من كل واحد
مايه وخمسه وعشرون وما فات من كل واحد يجعل كان لم يكن وما فات من الاصلين ذهب بالدين
فيقسم الدين اولا على قيمة الامة وقت العقد وهو الف وعلى قيمة ولدها في الحاصل وهي مايه
وخمسه وعشرون فنجعل كل مايه وخمسه وعشرين سهما فصار في الام ثمانيه اسهم وفي الولد سهمان

وانقسم في الولد اتساعا ثمانيه اتساعه في الام تحول نصف ذلك الى القاطعه وهو اربعه اتساع الدين
ثم ينقسم ذلك على قيمتها يوم دفعت وهي خمسمائه وعلى قيمة ولدها وهي مايه وخمسه وعشرون فنجعل
كل مايه وخمسه وعشرين فيصير الولد سهما والام اربعه فانقسم ما فيها اخماسا فاذا ضربنا الاخماس
في الاتساع فاضرب تسعه في خمسه فيكون خمسه واربعين فرجع الى الابتداء فنقول كان في الام
ثمانيه فصار اربعين وكان في الولد سهم فصار خمسه ثم تحول نصف ما في الام وهو عشرون الى
القاطعه ثم انقسم عليها وعلى ولدها اخماسا خمسه في الولد وهو اربعه واربعه اخماسه في الام
وهو سته عشر فلما سلمهم عبدا ودفع بهم قام مقامهم فلما اعور ذهب نصف كل ما ذكرناه
في الاصلين عشره ثمانية في الاولى وثمانيه مما في الثانيه فذهب من الدين ثمانيه عشر من خمسه واربعين
وبقي سبعه وعشرون فلهذا افتكه الاعور بسبعه وعشرين جزءا من خمسه واربعين جزءا من الدين
رهن امه بيضاء احدى العينين قيمتها الف بالف فابيضت عينها الاخرى وصارت قيمتها
مائتي درهم ذهب من الدين اربعة اخماسه لانه ذهب بالعين الثانيه ثمانمايه من الالف وهي
اربعة اخماسه وهذا لانه لو فات كلها ذهب كل الدين ففي البعض يذهب بقدر نقصان المالية
ونقصان المالية هنا بقدر اربعة اخماسه فلهذا سقط من الدين اربعة اخماسه وهذا بخلاف ما اذا
كانت العينان صحيحتين فابيضت احداهما لان العينين من الادمي نصفه
فامكن اعتبار المناصفه وهنا لا يمكن لانه لا سبيل الى ان نجعل قيمتها في منقومه فان انجلى بياض
عينها الاولى لا يعود شي من الدين مما سقط لان الانجلاء في الرهن زياده متصله فلا قسط
له من الدين لانه تبع في الفكاك بخلاف الزياده المنفصله حيث ياخذ قسطا من الدين اذا بقي الى وقت
الفكاك لانه مقصود في الفكاك فان ضرب رجل عينها التي انجلت وعاد البياض وغرم ارشها
ثمانمايه فهي زياده منفصله فيقسم الدين على قيمتها يوم العقد وهي الف وعلى الزياده يوم الفكاك
وهي ثمانمايه على سبعه اسهم لانا نجعل كل مائتين سهما اعتبارا فيما بين الاول والارش خمسه اسهم في
الجاريه فقط اربعة اخماسها سقط بعينها الاخرى وبقي فيها تسع الدين واربعه اتساع الدين
في الزياده التي هي ثمانمايه فتفتك الجاريه والارش بخمسه اتساع الدين وقطع يد امه قيمتها
الف فصارت خمسمايه فرهنها سيدها بخمسمايه فجاء عبد المرتهن بقطع اليد سقط دين المرتهن لان

الاولى
الاولى
للمتفاوت

في قيمتها وفاء بالدين فصار المرتهن مستوفيا دينه وضمن القاطع ارش اليد حصته في ماله حالا لان التلف
حكم الراية حتى صار الراهن قاضيا دينه بها حالا لو باع وانما يجب حالا لان ارش طرف المملوك
يكون في مال الجاني كضمان الاموال وان لم تمت الامة وولدت ولدا قيمته حصته ثم ماتت من تلك
الجناية سقط نصف الدين لان الدين انقسم على قيمتها وقيمة ولدها فصار نصف الدين باقيا في
الولد ونصفه ساقطا بهلاكها وضمن القاطع نصف الارش والعاقلة حصته لانه تبين ان نصف
الام كان امانة وانقطاع السراية حكم المضمونة وقضا الدين فنصفها مع نصف اليد في
مضمونا فما كان من النفس فهو على العاقلة في ثلاث سنين وذكر رحمه الله وما كان من اليد وهو ما سال
وجوب فعلى الجاني ثم يدفع الراهن ما اخذ وحبس الى المرتهن ليكون رهنا عنده مع الولد لانه
بدل نصف كان امانة فلو هلك الولد جعل كأن لم يكن وظهر ان الام ذهبت بكل الدين وغرم
المرتهن نصف حصته للراهن ويردها الراهن على العاقلة لانه تبين ان الواجب الارش دون
ضمان النفس لانه ظهر ان الام هلكت مضمونة بكل الدين وان السراية قد بطلت في القول
للمرتهن في تعيين المقبوض وقدره لانه ان كان امينا فالقول للامين كالمودع وان كان ضمينا
فالقول له ايضا رهن امة قيمتها الف بالف وامر عدلا ببيعها ان حل الاجل فحل فجاء المرتهن بامة
تساوي الفا وطلب من العدل بيعها وقال الراهن المرهونة غيرها وقال المرتهن بل هي وصدقه
العدل الراهن او قال لم ادر اهي ام لا فالقول للمرتهن لانه القابض وحلف العدل على
العلم بالله ما نعلم انها تلك الجارية لانه يحلف على فعل الغير وهو تسليط الراهن اياه ببيعها
فان نكل اجبر على بيعها واذا باع سلم الثمن الى المرتهن فان حلف يجبر الراهن على بيعها لانه وقع
الياس عن بيع العدل فيجبر الموكل كما لو مات العدل وان ابى باع القاضي او امينه لانه امتنع
عما هو مستحق عليه وهو امر تجري فيه النيابة فناب القاضي منابه ليصل الحق الى المرتهن ويكون
العهدة على الراهن لانه الحاق العهدة على القاضي او نائبه فيلحق على من وقع العهدة له وهو الراهن
وقد مر نظيره فيما تقدم وكذا ان جاء المرتهن بامة قيمتها خمسمائة وقال قيمتها حين قبضتها
خمسمائة وقال الراهن لا بل رهنتك جارية كانت قيمتها الفا فالقول للمرتهن لما بينا ويبيعها
العدل اذا اقر او نكل ويصرف خمسمائة الى المرتهن ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن وان حلف العدل

يبيعها الراهن وان امتنع يبيعها القاضي او امينه وكانت العهدة عليه ويقضى الدين على الراهن
كما مر وان قال المرتهن كانت قيمتها الفا ولكن تغير سعرها الى خمسمائة فان كان تغير سعر الاماء
معروفا في تلك المدة فالقول للمرتهن لان الظاهر شاهد له والا فالقول للراهن لانهما تصادقا
على ان المرهونة كانت على غير هذه الصفة وكان الظاهر شاهدا للراهن ثم يرجع على العدل
فان صدق العدل المرتهن فيما ادعى امره ببيعها ودفع الثمن الى المرتهن فان لم يف بالثمن وفاء بالدين
لا يرجع المرتهن ببقية دينه على الراهن لان العدل صدق في حق نفسه لا في حق غيره وان نكل
العدل لا يجبر على بيعها كما مر واذا كان الراهن واحدا والمرتهن اثنين فقال احد المرتهنين
ارتهنت انا وصاحبي هذا الثوب منك بمائة درهم واقام البينة على ذلك وجحد المرتهن الاخر
والثوب في ايديهما والراهن يجحد الرهن قال ابو يوسف لا يقضى بالرهن لواحد منهما ويرد
الرهن على الراهن وقيل قول ابي حنيفة كقول ابي يوسف وقال محمد يقضى بالرهن للمدعي
ويوضع على يديه او يد عدل فاذا قضى الراهن نصيب المرتهن المدعي من الدين اخذ الرهن وان
هلك الثوب عنده هلك بنصيبه لان المرتهن المدعي اثبت الرهن بالبينة في حقه وفي حق شريكه
لانكاره وانكاره يصح في حقه لا في حق المدعي فيثبت الرهن في حق المدعي ولهما انه لو صح في
حقه في النصف لكان شائعا ولا يمكن تصحيحه في الكل لانه يدعي الكل ولا يمكن تصحيحه في
حق صاحبه لانه لا ولاية له عليه فتعذر القضاء به رجلان ارتهنا ارضا بدين لهما على اخر
وقبضاها ثم قال احد المرتهنين الارض في ايدينا تلجئة ولا دين لنا عليه وانكر صاحبه قال
ابو يوسف بطل الرهن وقال محمد لا يبطل ويبرأ من حصته فهي كالمسألة الاولى تجنيس
مستامن رهن شيئا بدين عليه عند مسلم او ذمي في دارنا ثم لحق بدار الحرب وظهرنا عليهم
واسرناه فالرهن يصير ملكا للمرتهن ويبطل الدين عند ابي يوسف لانه فات محله وهو الذمة
القوية فالدين لا يجب في ذمة العبد الا شاغلا ماليته رقبته وهو غير ممكن هنا لان السبي
ينفي شغلا ملك المالية في المسبي للسابي والرهن لمن في يده لان يده اقرب اليه فيزيد الاسير
فيصير هو ملكا له وقال محمد هو رهن بحاله يباع في دينه وما بقي فهو لمن اسره لان سقوط
الدين بفوات المحل ولم يفت لان الذمة بقيت لبقاء الواجب فيها والرهن حلف في حكم الاستيفاء

ويبقى الدين باعتباره كالمديون اذا مات يبقى الدين باعتبار التركة لانها خلف عن الذمة في حق
الاستيفا واذا بقي الدين بقي حكم الامان في حق الرهن لحق المرتهن فيباع في دينه واذا استوفى
دينه يكون الباقي لمن اسره لانه اقرب الناس اليه وعن ابي حنيفة رح وابيان والله اعلم

كتاب الجنايات

القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجرى مجرى الخطاء والقتل بسبب والمراد به بيان انواع القتل بعرض حق فيما يتعلق
الاحكام فما تعمد ضربه بسلاح او ما جرى مجرى السلاح في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب
والحجر وليطة القصب والنار لان المراد بالعمد القصد الى القتل وهو باطن لا يعرف الا بدليل
ودليله استعمال اله قاتلة عادة فيعرف عند ذلك كونه متعمدا للقتل وموجب القتل عمدا المأثم
لقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا الاية والسنة في هذا الباب اكثر من ان تحصى واظهر من ان تخفى
واجمعت الامة عليه والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والمراد به العمد لانه
اوجب في الخطاء الدية بقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا الاية وقال صلى الله عليه وسلم العمد قود
اي موجبه القود فان نفس العمد لا يكون قودا ولان القصاص عقوبة والعقوبة المحضة
لا تجب الا بجناية محضة وذا انما يكون مع العمد لان فعل الخاطي ليس بجناية محضة لان له
جهة في الاباحة الا ان يعفوا الاولياء او يصالحوا اذ الحق لهم ثم القود واجب
عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وللشافعي قولان احدهما ان موجبه القصاص
الا ان للولي ان يختار اخذ الدية بغير رضا القاتل لان اخذ المال تعين سببا للدفع الهلاك
فيجوز بدون رضاه لكن اثابته بمخمصة فيبذل له انسان طعاما بثمن المثل لزمه الشرى
لانه ملك ما يحيى به نفسه بعوض يعدله وثانيهما ان موجب العمد القصاص او الدية ويتعين
ذلك باختيار الولي لان وجوب المال اصل في القتل بغير حق ولي القتيل فيما فات عليه ولانه
قتل حيوانا مضمونا فيجب به المال كقتل الانسان خطاء وقتل سائر الحيوانات مطلقا وهذا
لان اتلاف الحيوان يوجب القيمة لان الحيوان ليس من ذوات الامثال وقيمة النفس الدية
والدليل عليه حالة الخطاء فان الاتلاف في الوجهين على نمط واحد اذ الدية انما تجب بالاتلاف
لا بصفة الخطاء فهو عذر مسقط والمتلف في العمد هو المتلف في الخطاء الا ان الشرع اوجب

القصاص في العمد لمعنى الانتقام ولتشفي الصدور ولابقاء الحيوة بخلاف القياس لانه اتلاف
والاتلاف لا يجب بمقابلة الاتلاف فرعه لا يبقى الضمان الاصلي بل لما كان كل واحد منهما عوضا
عن النفس على الكمال ولم يمكن الجمع بينهما خير صاحب الحق بينهما ولنا قوله تعالى كتب عليكم
القصاص في القتلى فايجاب المال زيادة عليه وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وحرف التعريف
للجنس لعدم المعهود فيقتضي ان موجب جنس العمد القود فايجاب المال مع القود
زيادة عليه ولان الدية لا تصلح مثل المتلف فلا تصلح موجبا له والقصاص مثل له فتعين موجبا له
وهذا لانه لا مماثلة بين الادمي والمال لا صورة ولا معنى فالادمي خلق ليتحمل امانة الله تعالى
والاشتغال بعبادته والمال خلق لاقامة مصالحه وهو مملوك للادمي والادمي مالكه
فانى يتشابهان وانما التماثل في القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل وفيه مصلحة الاحياء
كما قال الله تعالى ولكم في القصاص حيوة بطريق الزجر لان من قصد قتل عدوه فاذا تفكر في عاقبة
امره انه اذا قتله قتل به انزجر عن قتله فكان حياة لهما اي ابقاء لهما على الحيوة ولانه
اذا قتل به سلم حيوة الاولياء فان القاتل مصر حربا على اولياء القتيل خوفا على نفسه منهم
فهو يقصد افناؤهم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع مكنهم من قتله قصاصا دفعا لشره
عن انفسهم واحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه ولما كان فيه حيوة من الوجه الذي قلنا
صلح جابرا لان الفائت بالقتل حيوة مثل الاول وانما يجب ضمان الجبر بقدر الامكان
ولا امكان في جبر الحيوة باكثر من هذا فاما المال فليس فيه من معنى الحيوة شي وانما وجبت
الدية في الخطاء بخلاف القياس لان القتل اعظم العقوبات والخاطي معذور ويعذر
ايجاب القتل عليه ونفس المقتول محترمة لا تسقط حرمتها بعذر الخاطي فوجب المال
صيانة للدم عن الهدر ومنه على القاتل بان سلمت نفسه وللقاتل بان لم يهدر دمه
وشرع المال عند عدم الامكان فلا ينقص لعدم فضل الولي بعد اخذ المال فربما
تهيجه الضغينة وتحركه العداوة على ارتكاب قتله وان لم يكن له ذلك شرعا فلم يقع
مدفعا للهلاك ولا كفارة في العمد عندنا وقال الشافعي تجب الكفارة لانها شرعت كاسمها
ماحية للاثم والاثم في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجاب الكفارة ولنا ان الكفارة دايرة

بين العباده و العقوبه لما مر في يمين الغموس فلا تجب الا بسبب دائر بين الحظر و الاباحه
كالخطاء فانه بالنظر الى اصل الفعل مباح و بالنظر الى المحل الذي اصابه محظور و شبه
العمد فان المقصود به التاديب لاستعماله اله يقصد بها التاديب غالبا و لهذا اسمي
خطاء العمد و لما اصيب بالخطاء اضيف تقديره من الاباحه و التاديب مباح و قتل
العمد كبيره كالزنا و السرقه فلم يصلح سببا لها كالمباح المحض و هو القتل بحق لا يصلح سببا لها — ولان الكفاره
مع رجحان معنى العباده في الكفاره من المقادير و قد شرعت لدفع الذنب و ذنب العمد
اعظم فشرعها لرفع الادنى لا يدل على شرعها لدفع الاعلى و من حكمه حرمان الميراث
لقوله صلى الله عليه وسلم لا ميراث لقاتل و اما شبه العمد فهو ان يتعمد الضرب بما ليس
بسلاح و لا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء عند ابي حنيفه و قال ابو يوسف و محمد
و الشافعي هو ان يتعمد الضرب باله لا يقتل بمثلها في الغالب كالعصا و السوط و الحجر
و اليد فلو ضربه بحجر عظيم او بخشبه عظيمه فهو عمد عندهم خلافا له و لو ضربه بسوط
صغير و والى في الضربات حتى مات يقتص عند الشافعي خلافا لنا و انما سمي شبه
العمد لان في هذا الفعل معنى العمديه باعتبار قصد الفاعل الى الضرب و معنى الخطاء
باعتبار قصده الى القتل لان الاله التي استعملها ليست باله القتل و العاقل انما يقصد — عدم م
الى كل فعل بالته فاستعماله غير اله القتل دليل على انه غير قاصد الى القتل و كان ذلك
خطاء شبه العمد لهم ان معنى العمديه يتقاصر باستعمال اله صغيره تستعمل للتاديب
دون القتل و لا يتقاصر باستعمال اله لا يلبث لانها لا تستعمل الا للقتل و كانت كالسيف
في الافضاء الى القتل فيجب القصاص ثم الشافعي يقول السوط بلا موالاه يقصد به التاديب
فاما الموالاه بالسوط الى ان يموت فسبب للموت على سبيل القصد و لنا قوله صلى الله
عليه وسلم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط و العصا فلم يفصل بين الصغير و الكبير
فهو عليهما عملا بالاطلاق و لان الشبه في العمديه انما تعرف من جهة الاله و هذه الاله
لم توضع للقتل و لا تستعمل فيه غالبا و اما الحديد موضوع للقتل و مستعمل فيه غالبا
لان خزائن اسلحه الملوك انما تكون من الحديد و الخشب موضوع للبناء و الاحراق و نحوها

من المنافع لا للقتل و الحديد ينقض البنيه ظاهرا و باطنا و ما سواه لا ينقض ظاهرا
او قوام البنيه بالظاهر و الباطن فيثبت شبه عدم القصد نظرا الى الاصل و باعتبار
الحال القصد ثابت فكان شبه العمد و هذا منه استقصاء في درء العقوبه لان الشرع
جعل القصاص موجب العمد المطلق فاذا تمكنت الشبهه فيه لم يكن عمدا على الاطلاق
فلا يجب القصاص الذي يسقط بالشبهات و الموالاه قد تستعمل للتاديب و موجبه
على القولين الاثم لانه قاصد الى الضرب و الى ارتكاب ما هو محرم عليه شرعا و الكفاره
لانه خطا نظرا الى الاله فدخل تحت قوله و من قتل مؤمنا خطأ الايه و قال صاحب الايضاح
و حدث في كتب اصحابنا ان لا كفاره في شبه العمد عند ابي حنيفه لان الاثم كامل متناه
و تناهيه يمنع شرع الكفاره فالصحيح هو الاول فقد ذكر الطحاوي و الجصاص و غيرهما
ان الكفاره واجبه عند ابي حنيفه و كفارته تحرير رقبه مؤمنه الايه و الاطعام غير — فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الاية م
مشروع فيه لانه غير منصوص عليه و اثبات الابدال بالراي لا يجوز و تحرير رضيع
احد ابويه مسلم لانه مسلم لتبعيه خير الابوين دينا و السلامه بائنه في اطرافه ظاهرا
و غالبا و لا يجزيه ما في البطن لانه عضو من وجه فلم يدخل تحت مطلق الاسم الرقبه و لم تعرف
حياته و سلامته و ديته مغلظه على العاقله و الاصل ان كل ديه تجب بالقتل ابتداء
لا بمعنى يحدث من بعده كالصلح على الديه فهو على العاقله لان الاصل في وجوب الديه
بالقتل حالة الخطا و الايجاب في غير الخطا المحض معتبر به فنقول الشرع اوجب على العاقله
مع ان القياس يابى ذلك تحقيقا لما يمكن من العذر في فعله و قد يمكن العذر في شبه العمد
من الوجه الذي ظهر الخلل فصله على ما مر فامكن النظر له فيجب على العاقله و يجب بلا
شين لقضيه عمر رضي الله عنه بحضره الصحابه و اختلفوا في صفة التغليظ فعند ابي حنيفه
مائه من الابل ارباعا خمسه و عشرون بنت مخاض و خمسه و عشرون بنت لبون و خمسه و عشرون حقه و خمسه و عشرون — ح م
جذعه و قال محمد و الشافعي يغلظ ثلاثون حقه و ثلاثون جذعه و اربعون ثنيه خلفات في بطونها اولادها
و الخلفه الحامل لهما قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط و العصا
و فيه مائه من الابل اربعون منها في بطونها اولادها و لانه لا خلاف ان التغليظ واجب

لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ ان يوجب شيئا لا يوجبه في الخطاء ولهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطا لانه يجب في الخطاء
اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد لانه لا خلاف ان الواجب مقدر بمائة من الابل وقد
قال صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل فلو اوجبنا الخلفات لزدنا على المائة
وجه لان الحامل حيوان في جوفه وله عرضية الانفصال فصار ذلك ايجاب الزيادة
على ما قدره الشرع وهو باطل وما رويناه غريب لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا
في صفة التغليظ فابن مسعود رضي الله عنه يقول بالتغليظ ارباعا فيما وعلي رضي الله عنه
يقول اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وعثمان
رضي الله عنه يقول اثلاثا من الاسنان من كل سن ثلاثة وثلاثون وثلث وعمر وزيد بن
ثابت والمغيرة وابي موسى الاشعري يقولون كما قالا اي محمد والشافعي رضي الله عنهم
ولم يجر المحاجة بينهم بما رويناه فلو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولا يحتج
بعضهم على بعض ولا يثبت التغليظ الا في الابل لان الشرع ورد به فان قضي بالدية في
غير الابل لم يغلظ لما روينا وحرمان الارث لان جزاء القتل مباشرة وقد وجدت والشبهة
السبهة في درء القصاص لا في حرمان الميراث وقال مالك رحمه الله تعالى لا ادري
ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطاء اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال
وكذا في هذا الفعل ولنا ان هذه قسمة ضرورية وقد وردت به السنة واجمعت في معناه
عليه الامة الصحابة رضي الله عنهم مع اختلافهم في صفة التغليظ كما بينا واما الخطاء فهو
ما اصيب وقد تعمد غيره وهو على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا ظنه صيدا
او حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فاصاب ادميا والحاصل
ان في الاول هو قاصد في وصول الرمي الى المحل الذي اصابه ولكنه مخطئ باعتبار
فعله لانه قصد الصيد والحربي والثاني لم يقصد الرمي الى ذلك المحل الذي اصاب
وانما قصد الرمي الى محل اخر وهو الغرض وكان الثاني في كونه خطاء اقوى لانه اذا
وقع وقع في القصد ايضا واما ما اجري مجرى الخطاء فهو مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله

فهذا ليس بعمد ولا خطاء لانه لا تصور للقصد من النائم حتى يتصور فيه ترك القصد
او ترك التحرز ولكن الاتلاف الموجب لتلف ما انقلب عليه تحقق من النائم حتى يجري
مجرى الخطاء في جميع الاحكام وموجبها الكفارة كما مر في شبه العمد والدية على العاقلة
في ثلث سنين لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وهي مائة من الابل
اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون جذعة
لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال دية الخطا اخماسا
عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون
ابن مخاض وبه قال الشافعي الا انه قال عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض وهو محجوج
عليه بما روينا او الف دينار لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دية كل ذي عهد
في عهده الف دينار وعليه الاجماع او عشرة الاف درهم وقال مالك والشافعي
رحمهما الله تعالى اثنى عشر الف ففي كتاب عمرو بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الدية
من الدراهم اثنى عشر الفا لانه لا خلاف ان من الدنانير الف دينار وكانت قيمة كل
دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قال قضى صلى الله عليه وسلم في الدية في قتيل بعشرة الالف درهم وما رواه يحتمل انه قضى
دراهم كان وزنها وزن ستة فان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان وزن دراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة ويحتمل انه قضى بطريق القيمة من
الابل ثم قضى بقيمته ولان الاخبار اذا تعارضت فالاخذ بالمتيقن اولى ولا يثبت الدية
الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة وقالا رحمهم الله تعالى منها ومن البقر مائتا بقرة
ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ازار ورداء لان عمر رضي الله عنه
جعل الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل الورق عشرة الالف درهم وعلى اهل
الذهب الف دينار وعلى اهل الشاة الفي شاة مسنة وعلى اهل البقر مائتي بقرة
وعلى اهل الحلل مائتي حلة وله ان التقدير يستقيم بشيء معلوم المالية لا بشيء مجهول
والمالية في هذه الاشياء مجهولة ولهذا لا يتقدر بها الاشياء في ضمان ما لا يتلف بها ابدا وكان

القياس في الابل هكذا الا ان الاثار قد اشتهرت فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
فتركنا القياس بها في الابل خاصة ويحتمل ان عمر رضي الله عنه انما قضى بذلك بطريق الصلح بعد
ما قضى بالدراهم او الدنانير اذ الصلح من الدية على مال اخر جايز فان قيل السر انه ذكر في
المعاقل لو صالح الولي من الدية على اكثر من المياة او على اكثر من مايتي بقرة او على اكثر من مايتي
حلة لا يجوز الصلح وهذا دليل على ان هذه الاصناف في الدية اصول مقدرة عنده كما هي عندهما
اذ لو كان بدلا لجاز كما لو صالح على بدل اخر قلنا قد قيل انه قول الكل فارتفع الخلاف
وقيل هو قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فينبغي ان يجوز ولا اثم فيه اي نوعي الخطاء
والمراد به اثم القتل فاما الفعل في نفسه فلا ينفك عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة
في التثبت عند الرمي وشرع الكفارة ما كان الا باعتبار هذا المعنى ومن حكم الخطا وما
اجري مجراه حرمان الارث لتوهم ان يكون قاصدا استعجال الميراث واظهر رتبة القصد في
محل اخر وكذا يتوهم ان يكون متغافلا وما وقد يكون بما قصد امنية استعجال الميراث ولان حرمان
الارث جزاء القتل مباشرة وقد وجد اما القتل بسبب مثل حفر البير ووضع الحجر في غير ملكه
وموجبه اذا تلف به ادمي الدية على العاقلة لانه سبب للتلف متعد باقصار كالموقع
والدافع فوجب الدية على عاقلته للحاجة الى صيانة النفس المتلفة عن الهدر ولا يتعلق
به الكفارة ولا حرمان الميراث عندنا وقال الشافعي يلحق بالخطا في احكامه لان الشرع
جعله قاتلا بهذا الفعل فيترتب عليه احكام القتل ولنا انه ليس بمباشر للقتل لان مباشرة
باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض وانما الحق السبب بالمباشر
في ايجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل فبقي في حق الكفارة وحرمان الارث
على الاصل نعم هو ياثم بالحفر في ملك الغير وليس لا ياثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب
القتل وكذا الحرمان بسببه فان قيل الكفارة والدية يتعلقان بالقتل وهو قاتل في
حق الدية فينبغي ان يكون قاتلا في حق الكفارة ايضا قلنا الكفارة جزاء الفعل والقتل
معدوم حقيقة لانه بصنعه لم يحصل في الجثة وانما وجد في محل اخر والدية بدل المحل وضمان
المحل يعتمد فوات المحل وقد وجد وان حصل بالسبب ولا يكون فيما دون النفس شبه

عمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس لانه لا يختص اتلافه باله دون اله وانما القتل يختص
باله فيختلف حكم اتلاف النفس باختلاف الالات فاما ما دون النفس فلا والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب القصاص

القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما اشتراط العمدية
فلما مر واما اشتراط حقن الدم على التابيد ليخرج المستامن لان فيه شبهة الاباحة
ولا يحصى المساواة ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات منها قوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى
الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضي مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار في حكم القصاص فمن قال
يقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الاحرار مقابلا بجنس الاحرار قصاصا بل يكون بعضهم مقابلا بالعبيد
ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين الحر والعبد لان العبد مملوك والحر مالك والمالكية
امارة القدرة والمملوكية سمة العجز ولا مساواة بين العاجز والقادر ولان الحرية حيوة والرق موت
حكما حتى ينسب المعتق بالولاء الى المعتق لانه احياه بالاعتاق حكما ولهذا لا يقطع طرف الحر
بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفس فالاطراف تابعة للنفوس ولان لا يقتل
الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس اولا ويقتل العبد بالعبد لانهما يستويان وانما لا يقتل الحر
بالعبد لان التفاوت الى نقصان ولنا ما تلونا ورونا ولا تعارض فيما تلاه لان فيه مقابلة
مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة والمطلق لا يحمل على المقيد على انه ليس في مقابلة الحر بالحر نفي
مقابلة الحر بالعبد لان فيه ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقي
الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وفائدة
هذه المقابلة ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت المقابلة بين بني النضير وبين بني قريضة
وكانوا ابني النضير اشرف وكانوا يعدون بني قريضة على النصف منهم فتواضعوا على ان العبد
من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريضة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريضة فنزلت هذه الاية
ردا عليهم وبيانا ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين
جميعا فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد

استويا فيها لاستوائهما في سبب ثبوتها وهو الدين او الدار ولا يقال ان الرق اثر الكفر وهو
مبيح وكانت شبهة الاباحة متحققة لان جريان القصاص بين العبدين مشعر بانتفاء شبهة الاباحة
ويقتل المسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل مسلم بكافر ولانه لا
مساواة بينهما وقت الجناية لقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة ولان الكفر
اعظم النقائص والكافر كالميت لقوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه ولا مساواة بين الميت
وحده وبين الحي من كل وجه والقصاص يبتني على المساواة بينهما فلا يجب القصاص بخلاف الذمي اذا
قتل ذميا ثم اسلم القاتل فعليه القصاص اتفاقا لوجود المساواة بينهما وقت الجناية ولان الكفر
مبيح للقتل لانه من اعظم الجنايات وكان موثرا في استدعاء القتل الذي هو نهاية العقوبات
فاذا وجد ولم يوجد معارض عقد الذمة اورث شبهة في درء الحد ولنا عمومات الكتاب
والسنة وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد مسلما بذمي وقال انا احق من وفى بذمته ولان
القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف والذمي بهذا الوصف
استحق البقاء لانه يجب ان يكون قادرا على اقامة ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا
بان يكون محرم التعرض مدفوع اسباب الهلاك والكفر ليس مبيحا ولهذا قلنا ان كفر المرأة
لا يبيح القتل لانه غير باعث على الحراب لان بنيتها غير صالحة له ويقتل الذمي بالذمي فعلم انه
لا شبهة بسببه لان الشبهة اذا تمكنت في المحل لا تختلف باختلاف التناول واما قوله صلى الله عليه وسلم
لا يقتل المؤمن بالكافر فالمراد به الكافر الحربي المستأمن بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو
عهد في عهده وهذا معطوف على المسلم اي ولا يقتل ذو عهد بكافر وانما لا يقتل
بالكافر الحربي ولو كان المراد به الذمي لما صح لجريان القصاص بين الذميين فان قيل
جاز ان يراد به والعهد المسلم قلنا العطف يقتضي المغايرة فان قيل هذا ابتدا
اي لا يقتل ذو عهد في عهده قلنا المراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق
القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على
التأبيد ولان الكفر الباعث على الحراب موجود في حقه لانه بصدد الرجوع واعانة اهل الحراب
زمانا المصلحة فلم يكن قتله حراما محضا فلم ينتهض سببا لوجود القصاص ولا يقتل الذمي بالمستأمن

لما ذكرنا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح وهو
الكفر الباعث على الحراب ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن
والمجنون وبناقص الاطراف للعمومات ولان العبرة للمساواة في العصمة لا فيما وراءها
لان ذا يؤدي الى سد باب القصاص وفيه ظهور التقاتل والتفاني ولا يقتل الرجل
بابنه وقال مالك رحمه الله تعالى ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص عليه
لاحتمال انه ضربه تاديبا فاتى على النفس من غير قصد وان ذبحه فعليه القصاص لانه
عمد لا شبهة فيه ولانا نقول جناية الاب اغلظ لان فيه قطع الرحم وهو كمن
زنى بابنته فانه يلزمه الحد كما يلزم لو زنى بالاجنبية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولان القصاص يستحقه ولي القتيل على
سبيل الخلافة عنه والابن ليس من اهل ان يستوجب ذلك على ابيه ويندب الاهلية
لانتفاء الحكم وهذا لان الاب كان سببا لوجوده فيستحيل ان يثبت للابن بسبب افنائه
الابن سببا لموته ولهذا ليس للابن ان يقتل اباه شرعا بحال سواء كان مشركا او مرتدا
او زانيا وهو محصن والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب
وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد
بالوالد لان الولد ما كان سببا لايجاد والده ولا يقتل الرجل بعبده او مدبره او
مكاتبه او عبد ولده لانه لو وجب القصاص لوجب له كما لو قتله غيره ولا يجوز
ان يجب له على نفسه قصاصا وكذا لا يجب على ولده ولذا لا يقتل بعبد ملك
بعضه لانه لا يتجزى فاذا سقط في البعض سقط في الكل فمن ورث قصاصا على ابيه
سقط لحرمة الابوة ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وبه قال الشافعي ان حصل
القتل بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله او لاط بصغير حتى قتله يقتل بالسيف
وان كان بطريق مشروع يفعل به مثل ذلك الفعل ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا
تحز رقبته كما اذا قطع انسان عمدا فمات منه يقطع به القاتل فان مات في تلك المدة
والا تحز رقبته لان المعتبر في القصاص المساواة ولهذا سمي قصاصا ماخوذ من قول القائل

لو جنى الرهن ... (marginal note, right margin)

التقا الدينان فتقاصا اى تساويا اصلا ووصفا والمساواه فيما قلنا ولنا قوله صلى
الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف اى لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح
هكذا افهمت الصحابه رضي الله عنهم وقال اصحاب ابن مسعود رضي الله عنهم لا قود الا
بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح ولانه قتل مستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد
وهذا لانه انما يستوفى المستحق بطريق الذي يستيقن بانه طريق استيفاء القتل فاما قطع
اليد فلا يكون طريقا لاشتراط السرايه وهو موهوم وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتا قبل
السرايه فقبل السرايه هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعا فضلا عن ان يكون مستحقا
ثم هو اعتبار معادله بعد انتهاء لانه اذا ابرا ان يده تحز رقبته والفعل الثاني زيادة على
ما كان منه وهو حرام فيجب الحذر عنه كما في كسر العظم فانه لا يجب القصاص فيه اصلا الا عمدا
في النفس لتوهم الزيادة ومن قطع يد عبد غيره فاعتقه مولاه فمات منه فان كان لا
وارث له غير المولى فللمولى ان يقتل قاتله وان كان للعبد ورثة غير المولى فلا قصاص على
القاتل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله تعالى ليس عليهم قصاص بحال
وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه الى ان اعتقه وبطل الفضل اما الوفاق فيه فللاشتباه
المستوفي للقصاص لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى الجرح السابق ولا اعتبار بحالة الجرح
يكون الحق للمولى لانه جنى على ملكه وباعتبار السرايه يكون للورثه لانه حر جنيد فاشتبه
ولي القصاص فيبطل استيفاؤه واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لثبوت الملكين في الحالين لا في
حالة واحدة بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل واحد منهما
ثابت من حين الجرح الى حين الموت فاذا اجتمعوا زال الاشتباه واما الخلاف فوجه قول فتأمل
محمد رحمه الله تعالى ان سبب استيفاء القصاص مختلف لان سببه الملك باعتبار اصل الفعل
والولا باعتبار السرايه واختلاف السبب فيما لا يثبت مع الشبهات بمنزلة اختلاف المستحق
كمن قال لغيره بعتني هذه الامه بكذا وقال المولى زوجتها منك لم يحل له وطيها وان اتفقا
على ثبوت الحل وهذا لان الحكم يثبت بالسبب ولا يصح الحكم بالمجهول ولان الاعتاق يقطع السرايه
وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سرايه والسرايه بلا قتل فيمتنع القصاص ولهما ان زواله الحق

٢٩٤

الاول
معلوم يعتبر باعتبار السبب والوجوب جميعا وهو المولى فيمكن استيفاؤه كحال الفعل
بلغ مقابله لان المقضي له مجهول ولا عبرة باختلاف السبب قلنا لان الحكم لا يختلف باختلاف تلك
المسأله لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الاحكام والحل يثبت مقصودا في النكاح
وفي البيع تبعا والاعتاق لا يقطع السرايه لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك فيما اذا
كان القطع خطا لان المستحق حال ابتداء الجنايه المولى وحال سرايه العبد بحريته فيقضى
منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل الاشتباه فاما اذا كان عمدا فالاعتاق لا يقطع
السرايه لانه لا يتبدل المستحق لان المستحق في الحالين هذا العبد لانه في حق استحقاق
القصاص مبقى على اصل الحريه وانما يستوفيه المولى بطريق الخلافه عنه فاذا لم يكن له وارث اخر
لم يشتبه المستوفي ولم يتبدل المستحق فيستوفي واذا امتنع القصاص في الفصلين عند بطل
محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجراح الى وقت العتق لانه حصل على ملك المولى
الفضل وعندهما الجواب في الفصل الثاني كالجواب عند محمد في الفصل الاول وكذا لو قتل
المكاتب عمدا وترك وفاء وليس له وارث الا السيد فله القصاص عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله تعالى لا قصاص فيه لاشتباه سبب الاستيفاء فصار
كاختلاف المستحق وهذا لان سببه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا ولهما
ان من له الاستيفاء معلوم لان حق الاستيفاء للمولى على التقديرين ولا عبرة
لاختلاف السبب مع اتحاد المقصود لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه
فان لم يترك وفاء وله ورثه احرار وجب القصاص للمولى عندهم لانه مات رقيقا بالاجماع
لانفساخ الكتابه بموته عاجزا وانما قتل وهو عبد له وهذا بخلاف معتق البعض اذا مات
لا عن وفاء وله وارث فانه لا قصاص فيه لان المعتق في البعض لا ينفسخ بموته عاجزا ولو ترك وفاء
وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا على ما
قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما فالقصاص للوارث وان مات عبدا على ما قال زيد بن ثابت فالقصاص
للمولى وان قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له في الرقبة
ولا يستوفيه ولو استوفاه الراهن يسقط حق المرتهن في الدين لانه يصير هالكا بلا بدل ولو...

ان يتصرف تصرفا يسقط حق الغير بلا بدل فاذا اجتمعا كان للراهن ان يستوفي القصاص
لان المرتهن رضي بسقوط حقه وقد ذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام وغيرهما انه
لا يستوفيان القصاص وان اجتمعا لما سبق واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل وان
يصالح وليس له ان يعفو اما القتل فلان القصاص شرع للتشفي ودرك الثار وذلك راجع
الى النفس وللاب ولاية على نفسه فيليه كالانكاح واما الصلح فلانه انفع للمعتوه ومملك الاستيفاء
ولان تملك الصلح اولى واما العفو فلانه ابطال لحقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا
وكذلك الوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا القتل فانه ليس له ان يقتل لانه من باب الولاية
على النفس وليس له ولاية على نفسه ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء
القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وذكر في كتاب الصلح في النفس لان الصلح بمنزلة الا
ولما كان الاستيفاء تصرفا في النفس كان الاعتياض عنه ملحقا به وجه المذكور في الجامع الصغير
ان استيفاء القصاص ليس باستيفاء بالصلح للمال بل المقصود به درك الثار وذلك لا يحصل
باستيفائه فيبطل لفوات المقصود فاما المقصود بالصلح بمنفعة المال وذلك حاصل بعقده
كما يحصل بعقد الاب نوجب القول بصحته ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال
فلان لا يملكه الوصي اولى والقياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لانه
يقصد به مثل النفس والمقصود هو التشفي متحد وفي الاستحسان يملكه لان الطرف ملحق بالمال
لانه يسلك به مسلك الاموال وقاية لها كالمال وكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة
المعتوه في هذا والصحيح ان القاضي مثل الاب الا ترى ان من قتل عمدا ولا ولي له فللسلطان
ان يقتل قاتله وله ان يصالح والقاضي بمنزلته ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار
ان يقتلوا القاتل قبل بلوغ الصغار عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك قبل بلوغ الصغار
لان القصاص حق مشترك بين الصغار والكبار فكان للكبار بعض الحق والبعض لا يحتمل الاستيفاء
لان القتل غير متجزئ لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل الوصف بالتجزي وفي استيفاء الكل ابطال
حق الصغار لانه لا ولاية للكبار على الصغار في استيفاء حقهم اذ الحال فيه مفتوح الى بلوغهم
كما لو كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان المولى وله ان القصاص حق لا يتجزى لثبوته

بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير معدوم والاصل ان ما لا يتجزى اذا
وجد سببه كاملا يثبت لكل واحد على الكمال كولاية الانكاح وولاية الامان واذا كان كذلك
انفرد كل واحد باستيفائه بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب حال استيفاء القصاص
قائم ولو استوفى لكان استيفاء مع الشبهة وذا لا يجوز ومسئلة المولى ممنوعة ولئن سلم
فالسبب متجزى وهو الملك بخلاف القرابة ولو اشترى عبدا فقتله رجل قبل قبض المشتري
ان كان اجاز البيع فالقصاص له لانه المالك وان نقض البيع فالقصاص للبائع لان البيع
ارتفع وظهر ان البائع هو المالك وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان اجاز
المشتري فله القصاص لما بينا وان نقض فلا قصاص للبائع لان الملك لم يكن ثابتا
للبائع عند الجناية فلم ينعقد السبب موجبا حقا له فلا يثبت له بمعنى من بعد و
له على القاتل قيمته وقال محمد تجب القيمة في الوجهين ولا يجب القصاص لاشتباه من له
القصاص ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود
السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فيضاف اليه ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان
اصابه الحديد فعليه القصاص وان اصابه العود فعليه الدية اما اذا اصابه الحديد
فان اصابه بحده وجرحه فلا يشكل لانه بمنزلة السيف وكذا ان اصابه بظهر الحديد
عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة وعنده انما يجب اذا جرح كذا ذكر الطحاوي وجه ظاهر الرواية
ان الحديد في كونه آلة القتل منصوص عليه قال صلى الله عليه وسلم القتل خطأ كله الا
بالحديد والسيف والحكم في المنصوص عليه يتعلق بعين النص ولا يعتبر فيه المعنى حتى لو
غرز في مقتله بابرة يلزمه القصاص فاما غير المنصوص عليه فيتعلق بالمعنى فيعتبر
كونه محددا كالمروة وليطة القصب ونحوها وعلى هذا اذا قتله بعمود حديد او بصنجة
الميزان من الحديد وجه رواية الطحاوي ان الحديد اذا لم يجرح لم يكن عاملا بمعناه
الموضوع له وهو تفريق الاجزاء فصار كالحجر العظيم فاما اذا ضربه بالعود فعليه الدية
ولا قصاص عليه لانه ليس بسلاح ولكنه ان كان عظيما لا يلبث فهو كالسيف عندهما وعند
ابي حنيفة رحمه الله كالسوط الصغير وقد مرت ولو خنق رجلا فمات او غرق صبيا او

بالمثقل في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى
عليه القصاص غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يفعل به كما مر وعلى هذا الخلاف اذا طرحه
في بئر او القاه من جبل او سطح لهم انه قتل ادميا معصوما بغير حق فيجب القصاص كالقتل
بالسيف وهذا لان القصد من عمل القلب وهو باطن فيعرف بالسبب الظاهر وهو استعمال
الآلة القاتلة غالبا وقد وجد وله ان وجوب القصاص يختص بقتل هو عمد محض
وذا بان كان مباشر القتل بالته وآلة القتل هي الآلة الجارحة لان الجرح يعمل في نقض
البنية ظاهرا وباطنا وغيره ينقضها باطنا لا ظاهرا او قوامها بالظاهر والباطن والقصاص
يستوفى بالسيف لما جمعناه وفيه جرح الظاهر والباطن فلا يتماثلان وشرعيته للزجر
وذا فيما يفعله وهو القتل بالسلاح دون ما يندر وهو القتل بغيره وقوله صلى الله عليه وسلم [عليه السلام]
من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه لم يثبت مرفوعا وانما هو من كلام زياد وهو محمول
على السياسة بدليل اضافته الى نفسه واذا لم يجب القصاص عنده تجب الدية على العاقلة لما مر
واذا التقى الصفان صف من المسلمين وصف من المشركين فقتل مسلم مسلما على ظن انه مشرك فلا قصاص
عليه وعليه الكفارة لانه خطأ في القصد والخطأ بنوعيه لا يوجب القصاص ويوجب الكفارة والدية
بالنص وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية حين اختلفت سيوف المشركين على اليمان ابي حذيفة
وقالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فاما اذا كان في صف المشركين فلا تجب لانه هو الذي
هدر دمه حيث وقف في صفهم وكثر سوادهم وقد قال صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو
منهم ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي
ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لانه هدر في الدارين وفعل الانسان في نفسه
هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يأثم بالاجماع ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
فيمن قتل نفسه انه يغسل ويصلى عليه ولو كان فعله هدرا اصلا كنهش الحية ولم يكن جناية
مع كونه مقتولا حقيقة لكان شهيدا ولسقط غسله وفعل الاجنبي معتبر في الدارين فصارت
ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال وكل واحد يخالف الاخر فتوزع دية النفس
اثلاثا فيكون التلف بفعل الاجنبي ثلثها فيلزمه ثلث الدية وصار كانه تلف ثلثه لا بفعل احد

[لعواقل] وثلثه بفعل نفسه وثلثه بفعل الاجنبي فيغرم الاجنبي ثلث الدية ولكن في ماله لانه عمد والعواقل
لا تعقل العمد **فصل** ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله
صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفا فقد احل دمه ولانه اذا شهر عليهم فقد حاربهم
فبطلت عصمته للمحاربة كما بطلت عصمة اهل البغي بالمحاربة ولانه قصد قتل المسلمين ووجب
عليهم دفع قتله ولا يتمكنوا الا بقتله فكان قتله مستحقا وقوله فعليهم يشير الى
الوجوب لان دفع الضرر واجب ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا في مصر او غيره
فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى
دفعه بالقتل وهذا الدفع واجب فلا يصلح سببا للضمان والعصا الصغير وان كان
مثلثا ولكن في الليل لا يدركه الغوث فيضطر الى الدفع وكذا في النهار في غير المصر
لا يدركه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا وان دخل رجل ليلا فاخرج السرقة فاتبعه
المسروق منه فقتله فلا شيء عليه لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك ولان
له ان يمنعه بالقتل ابتداء فله ان يسترده بالقتل انتهاء ومعنى المسئلة اذا لم يقدر
المسروق منه على اخذ المال الا بالقتل فان علم انه لو صاح عليه يطرح المال لا يحل له قتله [لا يحل له قتله ... عليه]
وان شهر عليه عصا نهارا في المصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به عند ابي حنيفة رضي
لانه قتل نفسا معصومة متقومة عمدا بغير حق وهو غير مضطر اليه لان الغوث يلحقه
والقتل بالعصا يلبث وعندهما لا قصاص عليه لانه قتله دفعا مضطرا فصار كما لو
قصد قتله بالسيف نهارا او بالعصا ليلا او في المفازة ليلا او نهارا وان شهر المجنون
على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله تعالى
لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة
ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دافعا الشر عن نفسه فتسقط
عصمته كما لو كان الشاهر مكلفا ولانه صار محمولا على قتل الشاهر بفعل الشاهر فصار
كما لو اكره الشاهر المشهور عليه على قتل الشاهر فانه لا يجب بقتله شيء ولابي يوسف ان
فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يجب الضمان لان فعل العجماء جبار واما فعلهما

معتبر في الجملة ولهذا لو حفرا بئرا يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكيهما فكان فعلهما مسقطا لعصمتهما دون فعل الدابة ولنا ان فعل الصبي والمجنون غير متصف بالحظر فلم يقع نفيا فلا اسقط العصمة وقصيته قتل النفس المعصومة ووجوب القصاص الا انه امتنع القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية ومن شهر على رجل سلاحا فضربه وانصرف ثم ان المضروب ضرب الضارب فقتله فعلى القاتل القصاص اذا ضربه الاول وكف عن الضرب على وجه لا يريد على ضربه ثانيا لانه لما شهر عليه حل دمه دفعا لشره فلما لم يقتله وكف عنه اندفع شره وعادت عصمته فاذا قتله بعد فقد قتل نفسا معصومة من غير دفع فلزمه القصاص والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص اي ذات قصاص وهو ينبئ عن المساواة وكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر به ولا عبرة بكبر اليد وصغرها لان ذا لا يوجب التفاوت في منفعة اليد وكذا الرجل ومارن الانف والاذن لان رعاية المماثلة في الكل ممكن ومن ضرب عين رجل فذهب ضوؤها وهي على باقيه فعليه القصاص لانه يمكن رعاية المماثلة بان تحمى له مرآة ثم تقرب منها ويربط على عينه الاخرى وعلى وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها فقد وقعت هذه الحادثة في زمان عثمان رضي الله عنه فشاور اصحابه في ذلك فلم يجد عندهم شيئا حتى قضى علي رضي الله عنه بالقصاص وبين طريق الاستيفاء بهذه الصفة فاتفقوا على قوله ولو قلعها لا قصاص عليه لانه لا يمكن رعاية المماثلة في القلع وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر وفي كل شجة يتحقق فيه المماثلة القصاص لما تلونا ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال صلى الله عليه وسلم لا قصاص في العظم والمراد غير السن لما تلونا ولان القصاص مبني على المساواة وقد تعذر اعتبارها في غير السن لاحتمال الزيادة والنقصان وللاطباء كلام في السن انه عظم او طرف عصب

يابس فمنهم من ينكر كون السن عظما فعلى هذا لا حاجة الى الفرق بينه وبين سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة بخلاف السن لانه يمكن ان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع السن فانه لا يقلع منه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه وربما يفسد به لهاته ولكن يبرد بالمبرد في موضع اصل السن وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ ويشبه العمد فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للانفس وشرع القصاص فيها من حيث الالحاق بالانفس وفي كل موضع جرى القصاص في النفس يجرى في الاطراف ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وانها وقاية الانفس كالاموال ولا مماثلة بينها لتفاوت في القيمة بتقويم الشرع فامتنع استيفاء القصاص بخلاف التفاوت في البطش لانه ليس له حد معلوم فاعتبر فيه اصل السلامة وسقط اعتبار التفاوت وبخلاف القصاص لانه يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لتعذر اعتبار المساواة فان الاول كسر العظم وليس له ضابط فانه لا ينكسر من الموضع الذي يراد كسره وبدون اعتبار المساواة لا يجب القصاص والبرء نادر في الثاني فيفضي القصاص فيه الى الهلاك غالبا ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله لامكان رعاية المماثلة ولنا انهما ينقبضان وينبسطان فتتعذر رعاية المماثلة فيهما الا ان تقطع الحشفة صار موضع القطع معلوما فصار كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة وبعض الذكر فلا قصاص لانه لا يعلم مقدار البعض بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن رعاية المماثلة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان رعاية المماثلة بخلاف ما لو قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر لتساويهما في الارش واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق بكماله متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى الدية كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع

ولهن كان بعظام ... القصاص في ... دون الاسنان

عليه ان امكن القصاص من غير حرج والا تجب الارش ... والحر ... الكلمة ... دون ...

في النفس وان التفاوت ... البدل لا يمنع القصاص

عن ايدي الناس بعد الاتلاف ولم يستوفه الا ناقصا بصفة فانه يخير بين اخذه ناقصا وبين ان يعدل
الى القيمة كذا هنا ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما لو رضي بالردي مكان الجيد
وقال الشافعي يضمنه النقصان لانه قدر على استيفاء البعض دون البعض فيستوفي ما قدر عليه
وما يتعذر استيفاؤه يضمنه ولنا انه رضي باستيفاء الحق ناقصا والفائت كالوصف والوصف
ينفرد عن الاصل غير مضمون فيسقط حقه في الوصف ولو هلكت المعيبة قبل اختيار المجني عليه
او قطعت ظلما بطل حق المجني عليه عندنا لان حقه متعين في القصاص لما مر ان موجب العمد القود
عينا وله ان يعدل الى المال لتعذر استيفاء الوصف ولكن الحق في القصاص قبل العدول فاذا
فات المحل بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قود او سرقة فانه يجب عليه ارش اليد
المقطوعة وقال الشافعي يجب الارش في الموضعين لان عنده المال ضمان اصلي كالقود
فاذا تعذر استيفاء القود يتعين الآخر ولنا ان القصاص ضمان اصلي في العمد وانما يجب المال
حالة الخطا وكل موضع يشبه الخطا يلحق به في ايجاب المال والا فلا وايجاب المال في الخطا لانه
تعذر استيفاء القصاص لمعنى في القاتل مع سلامة المحل له فاذا قطعت يده بحق فهذا قد اوفى
بهذا الطرف حقا مستحقا عليه فصار هالكا لسلامته له وفوات محل القصاص يسقط القصاص
ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج
بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة
انما صارت موجبة لكونها شينا لا لاعتبار تفويت المنفعة كما في الاطراف فانه لا يعتبر الصغر
والكبر ثمة لوجود المساواة في المنفعة ولا مساواة بينهما فرجحت الشين في الاول فيتخير كما
في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لتعذر الاستيفاء كاملا لانه يتعدى الى غير حقه
وكذا لو كانت الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج
فهو بالخيار لما بينا **فصل** واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال
وجب المال حالا وسقط القود والاصل فيه قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية
قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت الآية في الصلح وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل
له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية والمراد والله اعلم الاخذ

برضا القاتل وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فيجري فيه
التعويض لما فيه من احسان الولي واحياء القاتل والقليل من المال والكثير سواء لانه ليس فيه
نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال وان لم يذكر حالا ولا مؤجلا
فهو حال لان الحلول هو الاصل في المال الواجب بالعقد كالمهر فانه حال في الاصل كالثمن بخلاف
الدية لانها لم تجب بالعقد وان قتل حر وعبد رجلا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما
على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص والقصاص عليهما سواء
فان صالح احد الشركاء من الدم من نصيبه على عوض او عفا سقط حق الباقين من القصاص وان كان
لهم نصيبهم من الدية فلو قتله غير العافي جاهلا بعفو الشريك فعليه الدية عندنا وقال زفر
عليه القصاص لانه قتله عمدا بغير حق ولنا انه اذا لم يعلم بالعفو كان القود واجبا في حقه
ظاهرا فتصير شبهة في درء ما يسقط بالشبهات والاصل ان القصاص حق كل الورثة وكذا
الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئا لان وجوبها بعد الموت
بطريق الخلافة فيثبت بالنسب دون الزوجية لانها تنقطع بالموت ولنا انه صلى الله عليه وسلم
ورث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ولان الدية من التركة حتى تقضى منها
ديونه وتنفذ منها وصاياه فيرث منه جميع ورثته كسائر امواله وكذا يستحق الزوج والزوجة
في القصاص عندنا خلافا لابن ابي ليلى له ان المقصود من القصاص درك الثار فهذا
يختص بالاقارب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا او حقا فلورثته والقصاص
حقه ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص
بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى حكما بعد الموت في حق الارث
او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للكل فكل منهم يتمكن من استيفائه واسقاطه
صلحا وعفوا ومن ضرورته سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه كل لا يتجزى
وجوبا لا يتجزى سقوطا وهذا بخلاف ما لو قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب ثم
قصاصان فلا شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهنا القصاص واحد لاتحاد القتل والمقتول
واذا سقط القصاص انقلب نصيب الباقين مالا لانه تعذر استيفاؤه لمعنى في القاتل وهو ثبوت

عصمة القاتل بعفو البعض عن القصاص فيجب المال كما في الخطاء فإن امتنع القصاص ثم لمعنى
في القاتل وهو كونه خاطئا ولا يجب للعافي شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه وإذا كان
القصاص بين رجلين فعفا أحدهما فللآخر نصف الدية في مال القاتل في ثلث سنين وقال رحمه الله
تجب في سنتين كما لو قطع يد إنسان خطأ ولنا أن حقه بدل النفس وبدل النفس مؤجل
في ثلث سنين بخلاف بدل الطرف في سنتين وإنما تجب في ماله لأنه عمد وإذا قتل جماعة واحدًا
عمدًا اقتل الجماعة بالواحد لإجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي أن سبعة قتلوا واحدًا
بصنعاء فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولأن القتل بطريق
التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد بهذا الفعل
فيجب القصاص تحقيقا لمعنى الإحياء وإن قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل بهم جميعا
على سبيل الكفاية ولا شيء لهم من المال فإن حضر واحد قتل له وسقط حق البقية وقال
الشافعي رحمه الله تعالى إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول ويقضى بالديات لمن بعد الأول
في تركته وإن قتلهم معًا يقرع بينهم أن الموجود من الواحد قتلات والذي يتحقق في حقه
قتل واحد فلا مماثلة بينهما وهو القياس في الفصل الأول لكن تركناه بالإجماع ولنا
أن الجماعة إذا قتلوا واحدًا اعتبر كل واحد منهم قاتلًا على الكمال ولولا هذا ما وجب القصاص
فكذا إذا وقع القتل جرحا جعل كل واحد منهم مستوفيا حقه على الكمال ومن عليه القصاص
إذا مات أو قتل سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله لأن الواجب أحدهما تعين الآخر لكن قال لا مزية أحد كما طالق فمات أحدهما
وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي
تقطع يداهما والمفروض إذا أخذ سكينا من جانب واحد وأمراه على يده حتى انقطعت أما
لو وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب حتى التقى السكينان لا يجب القصاص عنده
وهو يعتبر الطرف بالنفس والجماعة إذا قتلوا واحدًا يجب القصاص على كل واحد لأن كل
واحد ينفرد به سدًا لباب العدوان والأطراف ملحقة بالنفوس ولنا أن كل واحد منهما
قاطع بعض اليد لأن ما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر ولا يجوز أن تقطع كل يد

ببعض اليد لاشتراط التماثل والقياس في النفس هكذا إلا أنا تركناه بالأثر والإجماع وهذا
ليس في معناه حتى يلحق بها لأن القتل في النفس لا يوصف بالتجزي لأنه تصرف في الروح ولا
يتصور انزهاق بعضه دون البعض فأضيف إلى كل واحد منهما كملا ضرورة عدم التجزي
أما الفعل في الطرف فيتوصف بالتجزي ألا ترى أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقي
فيجعل كل واحد منهما قاطعًا للبعض وعليهما نصف الدية لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها
وإذا قطع رجل يمنى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يمينه ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه
نصفين سواء قطعهما معًا أو على التعاقب وقال الشافعي إن قطعهما على التعاقب يقطع
بالأول ويغرم الأرش للثاني لأن يده صارت مستحقة قصاصا للأول فإذا قطع الثاني
ويده مستحقة لم يستحقها الثاني كمن رهن شيئا من إنسان وسلمه إليه ثم رهنه من آخر لم يصح
وإن قطعهما معًا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والأرش للآخر لأن اليد
الواحدة لا تفي بالحقين فرجحنا بخروج القرعة ولنا أن المساواة في سبب الاستحقاق
توجب المساواة في الاستحقاق كالغريمين في التركة وهذا لأن حق كل واحد منهما في كل
اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع المحسوس وكونه مشغولا بحق الأول
لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني لأن حقه في ثبوته يظهر في حق الفعل لا في عينه فصار المحل
خاليا عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لأنه لثبوت يد الاستيفاء حكما فإذا ثبت
للأول استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي وصار كما لو قطع العبد يمينهما
على التعاقب فإنه تستحق رقبته لهما دون صاحبه فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية
لأن لهذا الحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب فلا يؤخر استيفاء المعلوم
لمكان الموهوم كأحد الشفيعين إذا حضر والآخر غائب فإنه يقضى له بكل المبيع وللآخر
دية يده إذا حضر لأنه أوفى به حقا مستحقا عليه ولو قضي بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما
قبل استيفاء الدية فللآخر القود عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد الأرش لأن القاضي
إذا قضى بالقصاص والأرش بينهما فقد أثبت الشركة بينهما معاني حق كل واحد إلى البعض
فإذا عفا أحدهما لم يتمكن الآخر من استيفاء الكل ولهما أن الإمضاء في العقوبات

ولو عفا احدهما فللاخر القصاص لزوال المزاحمه كذا هنا ولو قطع احدهما يد القاطع والمرفق
فلهما الديه لانه فات المحل بالظلم لانه لم يضع السكين في موضعه فصار كما لو سقطه باكله
فاذا اسقط حقهما في القصاص بقي في الديه والقاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع
وان شاء ضمنه ديه اليد وحكومه العدل في الذراع الى المرفق واذا اقر عبد بقتل العمد لزمه
القود وقال زفر رحمه الله تعالى لا يصح اقراره لانه يؤدي الى ابطال حق المولى فلا يصح منه
كالاقرار بالمال ولنا ان العبد مبقى على اصل الحريه في حق الحدود والقصاص ولهذا لا يصح
اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى ضمني فلا يبالى به وانما لا يصح اقراره
بالمال لانه متهم فيه ولا تهمه هنا لانه يتصل به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم
منه الى اخر فماتا فعليه القصاص للاول والديه للثاني على عاقلته لان الاول عمد يجب
فيه القصاص والثاني خطا في الفعل كانه رمى غرضا فاصاب ادميا والفعل يتعدد وان سببا و
كان واحدا الا ان المحلين يختلفان بنزل الفعل الواحد منزله فعلين مختلفين لتعدد
سوا ثم الاثر فينفرد كل واحد بحكمه

فصل

ومن قطع يد رجل ثم قتله فعله احدهما فان كانا
عمدين او خطاين او مختلفين تخلل بينهما برء او لا الا في خطاين لم يتخلل بينهما برء فيجب ديه واحده اعلم
انه لا يخلو القطع اما ان تخلل بينهما برء او لا فان تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل على حده ويوجد موجب او العدم
الفعلين لان موجب الاول قد تقرر بالبرء فلا يدخل احدهما في الاخر حتى لو كانا عمدين فللولي القطع
والقتل وان كانا خطاين يجب ديه ونصف ديه وان كان احدهما عمدا والاخر خطا فان كان القطع
عمدا والقتل خطا يجب في اليد القود وفي النفس الديه وان كان القطع خطا والقتل عمدا يجب
في اليد نصف الديه وفي النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان احدهما عمدا والاخر خطا
يعتبر كل فعل على حده فيجب في الخطا الديه وفي العمد القود وان كانا خطاين يعتبر الكل جنايه واحده
اتفاقا فيجب ديه واحده وان كانا عمدين فعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقتل ولا يقطع
وعند ابي حنيفه رحمه الله تعالى للولي الخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء قتل ولا يعتبر اتحاد
المجلس وتعدده وهو الظاهر ولهما ان الجمع بين الجنايات واجب ما امكن لان القتل يقع الجمع
بضربات غالبا واعتبار كل ضربه يؤدي الى الحرج الا ان لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين او يتخلل البرء

لانه قاطع للسرايه وقد امكن الجمع هنا لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فصار كما لو كانا خطاين
وهذا لان القتل بعد القطع قبل البرء لتتميم الاول فصار كسرايه الاول وله ان الجمع متعذر
ولان حز الرقبه يمنع سرايه القطع حتى لو صدر من شخصين يقاد الحاز فصار كتخلل البرء او
للاختلاف بين الفعلين اذ الطرف يسلك به مسلك الاموال بخلاف النفس وفي القصاص يعتمد
المساواه في الفعل لانه جزاء الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع لتثبت
المماثله صوره ومعنى اذ في القتل بدون القطع اعتبار المماثله معنى لا صوره بخلاف الخطا
لان موجبه الديه وهي بدل النفس والمقتول واحد فيجب بدل واحد يدل عليه انه لو
قتلوا رجلا خطا يجب عليهم ديه واحده وان تعدد الفعل لاتحاد المحل ولو قتلوا واحدا
تم عمدا قتلوا جميعا لان القصاص جزاء الفعل فيتعدد بتعدد الفعل وان اتحد المحل
ولان ارش اليد لو وجب انما يجب عند الحز لانه وقت استحكام اثر الفعل ولا سبيل اليه
لان بالحز يجب ديه النفس فيجتمع ضمان الكل والجزء في حاله واحده وهما لا يجتمعان اما القتل
والقطع قصاصا فيجتمعان بخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد الفعل ومن
ضرب رجلا مايه سوط فبرا من تسعين ومات من عشره فعليه ديه واحده وليس عليه بضرب
التسعين شيء لان الضربات تلحق بالعدم عند اندمال البرء بها فكانه لم يضربه الا عشره فمات منها
تنبيه فظاهر الجواب في كل جراحه اندملت ولم يبق لها اثر لا شيء فيها وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى
انه اوجب فيه حكومه عدل وعن محمد رحمه الله تعالى انه اوجب اجره الطبيب وثمن الادويه ويحتمل
ان يكون هذا تفسير الاول قالوا هذا محمول على ما اذا برئ من تسعين ولم يبق له اثر اصلا
فان بقي لها اثر ينبغي ان يجب عليه حكومه عدل للاسواط وديه للقتيل وان ضرب رجلا
مايه سوط وجرحه وبرا منها وبقي له اثر يجب حكومه العدل لبقاء الاثر ومن قطع يد رجل
عمدا فعفى المقطوع عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الديه في ماله وان عفا عن القطع
وما يحدث منه ثم مات من ذلك كان عفوا عن النفس ولا شيء على القاتل وهذا عند ابي حنيفه
وقالا رحمهما الله تعالى اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا
عن الشجه ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو متى اضيف الى القطع ونحوه فانما يراد به

موجبه لان نفس القتل لا يحتمل العفو وموجبه احد الشيئين ضمان الطرف ان اقتصر وضمان
النفس ان سرى فوجب ان يتناول اسمهما وصار كما في الجنايه فانها تتناول الجنايه السرايه
والمقتصره ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر بدليل ان من امر انسانا بقطع يده فقطع
فسرى الى النفس لا يجب عليه شي فكان العفو عن القطع عفوا عن نوعيه قلنا ان
هذا عفو عن غير حقه فيبطل كما لو قال لا قطع قبل قتله فانه لا يوجب البراءه عن النفس
وهذا لان موجب القطع ما شرع في ضمان الطرف فاما الواجب في النفس فليس بموجب القطع بل هو
موجب القتل وبالسرايه تبين ان حقه في موجب النفس دون موجب الطرف فظهر انه عفا عن غير
حقه فبطل عفوه اذ العفو اسقاط الحق فيبطل اذا صادف ما ليس بحقه ويجب القصاص قياسا
لانه قتل نفسا معصومة عمدا الا انه تجب الديه استحسانا في ماله لوجود اضافة العفو الى
حقه بحسب الظاهر فصار شبهه والساري قتل من الابتداء لا قطع والقتل ليس بموجب
للقطع فلا يتناوله العفو عن القطع بخلاف العفو عن الجنايه لانها اسم جنس فيتناول الكل
وبخلاف العفو عن الشجه وما يحدث منها لكونه صريحا في العفو عن السرايه والقتل وان كان القطع
خطاء فهو كالعمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا غير انه ان كان خطاء فهو من الثلث لان موجبه
المال وقد تعلق حق الورثه به فيعتبر من الثلث وان كان عمدا فهو من الكل لان موجبه القود
وحق الورثه لم يتعلق به لانه ليس بمال وصار كما لو اعار ارضه في مرض موته واستمتع بها
المستعير ثم مات المستعير كان ذلك من كل المال واذا قطعت المراه يد رجل عمدا او خطا فتزوجها
على يده ثم مات منها فلها مهر مثلها ثم ان كان القطع عمدا فالديه في مالها وان كان خطا فالديه
على عاقلتها وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله تعالى لان العفو عن اليد والقطع اذا لم يكن
عفوا عما يحدث فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال
في حال البقاء مع حال السقوط اولى فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل لها وعليها الديه في مالها
لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل
النفس ولم يتناوله العفو فتجب الديه وانما تجب في مالها لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد
والقياس ان يجب القصاص على ما مر واذا وجب لها مهر المثل وعليها الديه وقعت المقاصه ان استويا

وان وصلت

وان وصلت الديه ترد على الورثه وان فضل المهر برده الورثه عليها وان كان القطع ٢٠١
خطاء يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس ظهر انه لا ارش لليد وان
المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على ما في اليد ولا شي فيها ولا تقع المقاصه لان
المهر لها والديه على العاقله ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجنايه ثم مات من ذلك
فان كان القطع عمدا فلها مهر المثل لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر او خنزير فلا شي عليها لانه اذا جعل القصاص
مهرا فقد رضي بسقوط القصاص لجهة المهر فيسقط اصلا كما لو سقط القصاص بشرط مال
فانه يسقط اصلا وان كان القطع خطاء يرفع عن العاقله مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك
وصيه لان التزوج على موجبها وموجبها الديه وهو يصلح مهرا غير انه
تعتبر مقدار مهر المثل من كل المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصليه
وما زاد على مهر المثل يكون وصيه للعاقله ويكون الواجب لها مقدار مهر المثل
من الديه فان كان مهر مثلها والديه سواء فالعاقله لا يغرمون شيئا من ذلك لها
لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها وان كان مهر مثلها اقل من
الديه يرفع عن العاقله مهر المثل وما زاد على ذلك ان كان يخرج من الثلث يرفع
عنهم ايضا لانه وصيه للعاقله وهم اجانب فيصح وان كان لا يخرج من الثلث
سقط ثلثه واردوا الفضل وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها
على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فكان تزوجا متفقا في
الفصلين ومن قطعت يده فاقتص له من اليد الاول فقتل به لانه لما مات ظهر ان حقه كان
في النفس اذ المعتبر في الجنايات مالها وقد استوفى اليد فلا يبطل به حقه في قصاص
النفس ولا يجب شي لقطع اليد لانه كان له على نفسه وطرفه من نفسه وعن ابي يوسف
رحمه الله تعالى انه يسقط حقه في القصاص لان الاقدام على القطع ابراء عما وراءه
قلنا الاستيفاء يقع حقا له على اعتبار السرايه فلم يصر ابرا بل صار استيفاء لبعض حقه
وانما يكون ابراء عما وراءه ان لو كان الموجب معلوما وفي وقت القطع زعم ان حقه في الطرف

وانما يستوفيه على انه كل حقه لا على انه ابدل عن شي اخر ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم
عفا وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شي عليه
لانه قطع يدا من نفس يستحقها لو اتلفها لم يضمن فوجب ان لا يضمن اليد كما لو قطع يد مرتد ثم اسلم
ثم سرى وهذا لانه استحق اتلاف نفسه بكل اجزائه اذ الحق في النفس استتبع الحق في الاجزاء
فبطل بالعفو حقه عما بقي لا عما استوفى ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا
عفا ثم سرى لم يضمن شيئا والقطع الساري اجنى من المقتصر او قطع وما عفا ثم سرى او
قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع اصابعه ثم عفا
عن اليد فانه لا يضمن ارش الاصابع لان الاصابع للكف كالاطراف للنفس وله انه استوفى غير حقه
فيضمن كما لو عفى قبله وهذا لان حقه في القتل لا في القطع وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا واذا اسقط القود وجبت الدية وانما
لم يضمن في الحال لاحتمال ان يصير قتلا بالسراية فظهر انه استوفى حقه وحقه في النفس بطريق ضرورة
حق القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا اتصل به الاستيفاء ظهر حقه في الاطراف
تبعا فاذا لم يستوف لم يظهر حقه في الاطراف اصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه فاذا لم
يجب فانما لم يجب لمانع وهو قيام الحق في النفس لاستحالة ان يملك قتله ويكون اطرافه مضمونة
عليه فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى فهو استيفاء لحقه فتبين ان العفو كان
بعد الاستيفاء ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع انعقد على وجه
يحتمل السراية وكان حز الرقبة تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد
البرء فهو على الخلاف في الصحيح على انا نسلم الظهور عند الاستيفاء في التوابع والاصابع
تابعة قياما والكف تابعة لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف
لانه تبع للنفس من كل وجه ومن له القصاص اذا استوفاه ثم سرى الى النفس فمات ضمن
دية النفس عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه استوفى
حقه وهو القطع فلا يؤخذ بحكم سرايته اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد
بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس

ومات والسراية تبع وكالبزاغ والحجام والفصاد والختان وكما لو قال له اقطع يدي فقطعها
وسرى الى النفس ومات وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلم يجز ان يكون ابتداء
الجناية مباحا وسرايتها مضمونة وله انه حقه في القطع والموجود قتل حتى لو وقع
ظلما كان قتلا ولم يكن مستوفيا حقه فيضمن الا انه سقط القصاص للشبهة فوجب الدية
بخلاف ما ذكر من المسائل لانه يجب الفعل على الامام بتقلده وعلى غيره بالعقد وامامه
الواجب لا يتقيد بشرط السلامة كالذي الحري كيلا يكون تكليف ما ليس في الوسع
وفي مسالتنا هو مخير بين الاستيفاء والعفو بل العفو مندوب فيتقيد استيفاؤه
بشرط السلامة كالرمي الى الصيد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان القتل خطا او
كان دينا لابيهما على اخر لم يعدها بالاجماع واجمعوا ان القاتل يحبس لانه صار متهما
بالقتل والمتهم يحبس واجمعوا انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود
من القضاء الاستيفاء بالاجماع والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع لهما ان البينة
متى اقامها خصم لم يجب اعادتها بعد ذلك واحد الورثة ينتصب خصما عن نفسه
وعن شركائه فيما يدعي للميت وعليه كما في دعوى الخطا ودعوى المال والقصاص موروث
ولو انقلب مالا تقضى ديونه منه وتنفذ وصاياه كالدية فاذا لم يكلف اعادة البينة في
احد بدل الدم لم يكلف في الاخر ايضا وله ان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد
الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل له وانما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة
لما ثبت انه ملك الفعل في المحل ولا يتصور الفعل منه ولهذا صح عفو الوارث قبل موت
المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له بخلاف الدية لانه اهل للملك
في الاموال ولهذا لو نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته يملكه واذا كان القصاص
يثبت للورثة ابتداء عنده لا ينتصب احدهما خصما عن الاخر في اثبات حقه بغير وكالة
منه وبالبينة التي اقامها الحاضر لا يثبت بالقصاص في حق الغائب فيعيد البينة بعد
حضوره ليتمكن من استيفائه ولا يلزم ان القصاص اذا صار مالا صار موروثا لانه انما يورث

لعدم الغايبة لانه لا يصلح للقضا حوايج الميت فاذا صار مالا صار صالحا لقضا حوايجه
فصار مفيدا فاذا اقام القاتل البينة ان الغايب قد عفا قبلت بينته وسقط القود لانه
ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلابه مالا ولا يمكن من اثباته الا باثبات
العفو عن الغايب فانتصب الحاضر خصما عن الغايب في الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار
صار الغايب مقضيا عليه تبعا له وكذلك عبد بين رجلين قتل احدهما عمدا واحدهما غايب فهو
على هذا الخلاف لان العفو هنا واحد مشترك بينهما فالقاتل يدعي بطلان حق الحاضر في القود
وانقلابه الى المال فصار خصما له وصار الغايب مقضيا عليه وان كان الاولياء ثلثة وشهد
اثنان منهم على صاحبهما انه قد عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما نفعا
وهو تمكنهما من استيفا نصيبهما من الديه وهو عفو منهما لانهما زعما ان القود قد سقط
وزعمهما معتبر في حقهما فان صدقهما القاتل ولم يصدقهما المشهود عليه فعليه كل الديه
ويكون بينهم اثلاثا لانه متى صدقهما فقد اقر لهما بثلثي الديه الا انه يدعي بطلان حق المشهود
عليه وهو ينكر فلا يصدق ويحول نصيبه مالا وان كذبهما القاتل والمشهود عليه فلا شي
للشاهدين لانهما متى شهدا بالعفو فقد اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما وادعيا
انتقال نصيبهما مالا فلا يصدقان الا ببينة وللمشهود عليه ثلث الديه لان شهادتهما بالعفو
بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود اضيف اليهما وان
صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الديه وهو نصيب المشهود عليه لكنه
يصرف الى الشاهدين لان من زعم المشهود عليه والقياس ان لا يلزمه شي لانهما ادعيا المال
على القاتل والقاتل ينكر ولم يثبت لهما على القاتل ثلثا الديه وما في يده وهو
ثلث الديه مال القاتل وهو ينكر فلم يثبت وما اقر القاتل للمشهود عليه وقد بطل بتكذيبه
وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين قد اقر للمشهود عليه بثلث الديه
لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما بالعفو على الغايب كابتداء العفو منهما وانقلب
نصيبه مالا والمقر له ليس كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره وفي مثله لا يرتد
الاقرار كمن قال لفلان علي مائة فقال المقر له ليس لي ولكنها لفلان فان المال للمقر له الثاني

وكذا

وكذا هنا ولو شهدا انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان
الثابت بالبينة كالثابت بالعيان وفي ذلك القصاص لما مر والشهادة على قتل العمد يتحقق بهذا
الطريق لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ثاو تاويله
اذا شهدوا انه ضربه بشي جارح لما عرف واذا اختلف شاهدا القتل في الايام بان
شهد احدهما ان القتل كان في يوم الخميس وشهد الاخر انه كان يوم الجمعة او في البلدان
بان شهد احدهما ان القتل في بلد كذا وشهد الاخر انه كان في بلد اخر اي فيما به القتل
اي اختلفا في الاله فهو باطل لان القتل مما لا يتكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل
في زمان او مكان اخر فكان كل واحد منهما شاهدا على قتل على حده ولا يثبت احدهما
وكذا القتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد ولحكامهما
مختلفة كما مر فكان على كل فعل شهادة فرد فلا تقبل ولهذا لو شهد احدهما انه قتله
بعصا وشهد الاخر انه قتله ولا ادري باي شي قتله فهو باطل لان الذي بالعصا
يشهد بشبه العمد والاخر يشهد بمطلق القتل والمطلق يغاير المقيد لانه يحتمل ان
يكون عمدا ويحتمل ان يكون خطا فلم يثبت الاتفاق في المشهود به والاتفاق شرط وان
شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شي قتله ففيه الديه استحسانا والقياس ان لا تقبل
هذه الشهادة لانهما شهدا بقتل مجهول لانه اذا جهلت الاله فهو مجهول القتل لان القتل
يختلف حكمه باختلاف الاله وهذا غفلة من الشاهدين وجه الاستحسان انهما شهدا
بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل بالمطلق في باب التكفير فيجب اقل موجبه
وهو الديه ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على انهما سعيا للدرء المندوب اليه
في العفو بان احسانا للظن بهما وذلك سايغ وان كان كذبا لان الشرع الحق الكذب
في اصلاح ذات البين قال صلى الله عليه وسلم ليس بكاذب من اصلح بين اثنين فقال
خيرا او نمى خيرا وهذا احق من ذلك فلا يثبت الاختلاف في الاله بالشك ويجب الديه في مال
لان مطلق الفعل عمدا في الاصل فلا يثبت الخطا بالشك واذا اقر رجلان كل واحد منهما بقتل رجل
انه قتل فلانا وقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما لان كل واحد منهما اقر بانفراده

عليه انه ... لا شي ... على الغايب
وهو ... رد ... هو ... حتى يقرر
انتها

وبان عليه القصاص والمقرله صدقه في وجوب القود عليه ايضا ولكنه كذبه في انفراده بالقتل
وتكذيب المقرله المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي لان ذلك وجب بقتيفه وشق
المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو شهد شاهدان بان فلانا قتله وشهد اخران على اخر انه قتله وقال
الولي قتلاه جميعا بطل كله لان تكذيب المشهود الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته
اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يوجب رد شهادته الا ترى ان رجلا لو اقر لرجل
بالف درهم وصدقه المقرله في النصف وكذبه في النصف فان الاقرار صحيح فيما صدقه وان
كان في الشهادة تبطل الشهادة كلها ولو شهدا على رجل بقتله خطاء وحكم بالدية فجاء المشهود
بقتله حيا فللعاقلة ان يضمنوا الولي لانه قبض الدية بغير حق او الشهود لانه تلف
بشهادتهم ثم يرجعون على الولي لانهم ملكوا المضمون وهو بالعود في يد الولي كالغاصب
مع غاصب الغاصب والعمد كالخطاء الا في الرجوع اي ان كان عمدا فقتل به ثم جاء حيا
تخير الورثة بين تضمين الولي الدية او الشهود فان ضمنوا لم يرجعوا على الولي عند ابي حنيفة
لانهم اوجبوا هنا للولي ما ليس بمال وهو القصاص فلا يستقيم ان يرجعوا بمال لانه
لا مماثلة بين المال وغير المال وعندهما يرجعون على الولي كما في الخطاء ولو شهدا
على اقرار القاتل بالخطاء والعمد ثم جاء حيا لم يضمنا لانه لم يظهر كذبهما في شهادتهما
لان المشهود به شهادة الاصول على القتل لا نفس القتل ومجيء المشهود بقتله حيا
لا يظهر عدم اشهاد الاصول الفروع ولكن يرد الولي الدية على العاقلة لانه ظهر انه اخذها
منهم بغير حق ومن قتل وله ابنان اقام الاكبر على الاصغر انه قتل الاب واقام
الاصغر على الاجنبي انه قتله قضي للاكبر على الاصغر بنصف الدية وللاصغر بنصف
الدية على الاجنبي لان القتل وكل واحد منهما على الانفراد في شخص واحد لا يتكرر فاشتبه العاقل
والقود لا يجب مع الشبهة والمستحق دية واحدة فيقضى لكل واحد بالنصف وهذا عند ابي
وعندهما يقضى ببينة الاكبر لان بينته اكثر اثباتا لانها تثبت القصاص او الدية والحرمان
ايضا وبينة الاصغر لا تثبت الحرمان فيقضى عليه بالدية ان كان خطاء وبالقصاص ان كان عمدا
ولو اقام كل على الجنبي فيقضى لكل واحد على صاحبه بنصف الدية وارثه لها فيهما ولو كانوا
ثلاثة فاقام الاكبر بينة على الاوسط والاوسط على الاصغر والاصغر على الاكبر او على
اجنبي يقضى لكل واحد بثلث الدية والارث وان اقام الاكبر عليهما وهما على الاكبر له عليهما
النصف ونصف لهما عليه ونصف ارثه له ونصفه لهما ولو اقام الاوسط على الاصغر والاصغر
عليه وصدق الاكبر الاوسط ضمن الاصغر نصفها للاكبر وربعها للاوسط وللاصغر على
الاوسط الربع ثم يجمع ما للاكبر والاوسط فيقسم بينهما وهذا لان الاكبر لما صدق الاوسط
صارت بينة الاوسط كبينته لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين وصار
الاكبر بهذه البينة مثبتا لنفسه على الاصغر نصف الدية ولم يعارضه احد فيه فيقضى
بنصف الدية للاكبر على الاصغر وبقي نصف الدية ما يستوي فيه الاخران فيقضى بينهما
نصفان وان كذبهما يقضى لكل واحد بربع الدية على صاحبه لان كل واحد منهما اثبت
كل نصفها لنفسه ونصفها للاكبر والاكبر اسقط حق نفسه بانكار القتل اصلا فبقي
النصف الذي هو حقهما فيقضى لكل واحد بنصفه على صاحبه وهو الربع والميراث
بينهم اثلاثا ولو صدقهما لا شيء له من الدية لان فيه تكذيبهما لان كل واحد يدعي
القتل على صاحبه وكونه مقتولا من جهة احدهما يمنع كونه مقتولا من جهة الاخر
فهو بتصديقه الاوسط يصير مكذبا للاصغر وبتصديقه الاصغر يصير مكذبا للاوسط
وكانه لم يدع القتل عليهما ويقضى للاوسط على الاصغر بربع الدية وللاصغر على الاوسط
بربع الدية لما بينا ونصف الارث له لانه يدعي الكل وكل واحد يقر له بالنصف ولو ترك
ابنا واخا وادعى كل على صاحبه لغيت بينة الاخ وقضي عليه لان الابن خصم ظاهر لا الاخ
ولو ترك ابنين واقام كل واحد على صاحبه وصدق الاخ احدهما لم تقبل بينته لانه
اقر ان احدهما وارث ولاحق له ولما لم يكن وارثا صار تصديقه كتصديق الاجنبي ولو كان
البنون ثلاثة واقام اثنان على الثالث والثالث على اجنبي يقضى لهما على الثالث بثلثي الدية
وله على الاجنبي بثلثها

باب اعتبار حالة القتل الاصل فيه

ان العبرة لوقت الرمي في حق الضمان والحل لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير
الشخص جانيا بفعل يدخل تحت اختياره وهو الرمي دون الاصابة ومن رمى مسلما

فارتد المرمي اليه ثم وقع به السهم فمات فعلى الرامي الدية لورثته المرتد عند ابي حنيفة وقالا
لا شيء عليه لان التلف حصل في محل لا عصمة له وانما في غير المعصوم فهذا كما لو جرحه ثم ارتد
ثم مات وله ان الرامي انما يصير قاتلا بالرمي لانه انما يصير قاتلا بفعله وفعله الرمي
لا غير والمرمي اليه وقت الرمي متقوم الا ترى انه لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد
فاصابه السهم وهو مرتد يحرم الصيد ومات حل اصله فالملك لم يجب القصاص لاعتبار
حالة التلف لانه يصير شبهة في سقوط العقوبة ويجب الدية فلو رمى الى مرتد فاسلم
فوقع السهم عليه فلا شيء على الرامي عندهم وكذا ان رمى حربيا فاسلم لان الرمي لم ينعقد
موجبا للضمان لان المرمي غير متقوم فلا يجب به الضمان وان صار متقوما بعده وان
رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم اصابه السهم فمات منه فعلى الرامي قيمته للمولى عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي لان بوجه السهم
عليه اوجب انتقاصه على الهلاك فيصير ذلك كالجرح الواقع به ولو جرح ثم اعتقه مولاه لا
سراية جنايته ولم يضمن ديته ولا قيمته ولكن يضمن نقصانه لانتقاص قيمته بالاضافة
الى ما قبل الرمي كذا هنا وقال زفر عليه الدية لان الرمي انما صار علة عند الاصابة
ان الاتلاف لا يصير علة ثم يتلف يتصل به وقد يتلف به الحجر ولهما ان الرمي يصير قاتلا من
وقت الرمي لما مر وهو وقت الرمي المرمي عبد فلزمه قيمته للمولى بخلاف ما لو قطع يد عبده
خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات لا يجب عليه قيمة النفس ولا الدية وانما يجب ارش اليد مع
النقصان الذي نقصه القطع الى ان عتق لان الجرح او القطع اتلاف بعض المحل فانه يوجب
الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير الانتهاء مخالفا للابتداء
وصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا يستحق السراية كذا هنا اما الرمي قبل
الاصابة فليس باتلاف شيء منه اذ لا اثر له في المحل وانما تقل الرغبات فيه فلم يخالف
الانتهاء الابتداء فيجب فيه للمولى رجل قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود
ثم اصابه الحجر فلا شيء على الرامي لانه حين رمى كان المرمي مباح الدم والمعتبر حالة الرمي
ولو رمى بها الى صيد ثم ارتد حل الصيد وان رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم اصابه السهم

لم

لم يؤكل لان المعتبر حالة الرمي في الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وعدمها
عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فاصابه السهم فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا
شيء عليه لان الجزاء انما يجب بالجناية وقد وجد في حال الاحرام جنايته على احرامه فيلزمه الجزاء
ولا يعتبر بالاحلال ورميه قبل الاحرام ليس بجنايته ولا صنع له في الاصابة فلا يلزمه شيء
وان اصابه بعد الاحرام

باب المتفرقات

الاصل ان استيفاء الطرف يتحرى حتى يجتمع القصاص مع الدية بخلاف النفس رجل قطع يد انسان
عمدا ويد القاطع صحيحة ثم قطع المقطوع اصبع قاطعه ثم قطع قاطعه يد اصبعه بالخيار
خير الثاني بين ان يقطع يده مع صاحبه وبين ان يستوفي دية يد كاملة لان يد القاطع
معيبة فيتخير فان قطع المقطوع اخرا اصبعا من اصابع القاطع بطل خياره لرضاه بالنقصان
فان قطعاها صبر للاول دية يد الفان وخمسمائة وللثاني ثلاثة اثمان الدية الف وثمانمائة
وخمسة وسبعون لان حق الاول في خمسة اصابع وقد استوفى اصبعا اولا واصبعا ونصفا
مع صاحبه فبقي حقه في نصف الدية وحق الثاني اربعة اصابع لان للقاطع يوم القطع
اربعة اصابع وقد استوفى اصبعا من ربع حقه واصبعا ونصفا مع صاحبه وهو ربع ونصف
بقي حقه في اصبع ونصف وهو ثلاثة اثمان ولو قطع الاول يد ثالث وقطع الثالث منه
اصبعا وقطعوه غرم للاول ثلاثة اخماس ديته وثلث خمسه لان حقه في خمس اصابع فبقي
حقه في ثلاثة اخماس وثلث خمس وغرم للثاني نصفا وثلث ربع لان حقه في اربعة وقد
بالربع استيفاء واستوفى مع صاحبه اصبعا فيكون مستوفيا ثلثي اصبع فيكون ربعا وثلثي ربع
فيرجع بربع الدية وثلث ربع وغرم للثالث ثلثا وثلث ثلث لان حقه في ثلثه وقد استوفى
ثلثا بنفسه وثلثي ثلث مع صاحبه بقي حقه في ثلث وثلث ثلث فاذا فقأ عين رجل وعين الفاقئ
بيضاء خير بين القصاص وبين اخذ نصف الدية فان لم يختر شيئا حتى فقئت العين السالمة بطل
حق المفقوء عينه الاول لان حقه في القصاص الا ان له العدول الى المال رعاية لحقه
فاذا فات المحل بطل اصلا كما لو وجد في المبيع عيبا فلم يرده حتى مات وكذا لو قطع يد
رجل ويمينه شلاء او نزع سن رجل وسنه سوداء وهذا اذا اختار الارش بنفسه ولو كان

نقصاً او برصاً تقرر المال ولم يبطل بفوات المحل ولو ذهب البياض والشلل والسواد
قبل اختياره لتعين القود لزوال الموجب للتخيير وبعد اختياره الارش نقصاً او رضاً لم يعد
لانتقال الحق الى المال قلع ثنية رجل وثبت القالع سنه فلم تخرج سناً حتى سقط ونبت
مكانها اخرى فلا قصاص له لان حقه في الاولى والثانية غير الاولى ولا ارش له لان حقه بطل
بهلاك المحل وكذا لو لم يكن للقاطع ثنية حين قلع ثم نبت فلا قصاص له لانه لم يقع موجباً
للقصاص لعدم المحل وله الارش لان جنايته العمدية موجبة للارش حين وجد وان
سرق وقطع يده اليسرى ثلاث مرات قبل ان يرفع الى الحاكم ثم رفع قطع اليمين لان القطع
واجب لعيانه بمحله الا انه لا يستوفى نفاذاً على الاتلاف الا ترى انه لو راى قطعه له ذلك
فاذا زال احتمال التلف بقطعه كما لو كان الحر او البرد شديداً ثم زال وقطع يمنى رجلين
فقطع احدهما ابهامه واجنبي اصابعه الاربعة وقطع الآخر كفه فعلى قاطع اليد دية واحدة
خمسة الالف درهم لقاطع الابهام اربعة اخماسها اربعة الالف ولقاطع الكف خمسها الف درهم
وعلى الاجنبي لقاطع اليدين اربعة الالف درهم لان حقهما في قطع يد واحد والاول
استوفى خمس حقه وبقي حقه في اربعة اخماس والثاني استوفى اربعة اخماس حقه لان
الكف اصل في الاستيفاء والاصابع بمنزلة الوصف في حق الاستيفاء فجعل كانه استوفى كل حقه
وفات الوصف عن ابنه باصبع وقا حقا عليه فلا يظهر في حق الثاني ولان الغائب بقطع الا
قائم حكماً ويغرم الاجنبي لقاطع اليدين اربعة اخماس الالف ويسلم له لا بما بدل بيده وملك
القصاص ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء لا في ملك البدل كملك النكاح ولو قطعا
كفه فللثاني ثلاثة اخماس الدية وللاول خمسان لان الاول استوفى خمس حقه من اصبعه
مع صاحبه وبقي حقه في خمس الدية والثاني استوفى حقه اصبعاً وبقي حقه في ثلاثة
اخماس ولو قطع اجنبي اولاً اصبعاً ثم احدهما الاجنبي اصبعاً ثم الآخر كفه مع الا
غرم القاطع خمسة الالف ربعها لقاطع الكف وثلاثة ارباعها لقاطع الاصابع لانه لما ابدا
الاجنبي فات الاصبع عليهما وبقي حقهما في اربعة فالاول بقطع الاصابع استوفى ربع حقه
وبقي حقه في ثلاثة ارباع وما فات بقطع الاجنبي قائم حكماً فنصيب الثاني مستوفياً ثلاثة ارباع

٢٠٦

وغرم الاجنبي دية الاصبعين ولو قطعا الكف لقاطع الاصبع ثلاثة اثمان الارش وللآخر
خمسة اثمانه لان قاطع الاصبع تفرد باستيفاء ربع حقه فاذا قطعا الكف صارا
مستوفيين ثلاثة ارباع كل واحد منهما استوفى ربعاً ونصفاً فصار الاول مستوفياً ربعين ونصفاً
وذلك خمسة اثمان وبقي حقه في ثلاثة اثمان والذي لم يقطع الاصبع استوفى ربعاً ونصف ربع
وذلك ثلاثة اثمان وبقي حقه في خمسة اثمان الاصل ان الجنايات اذا لم يتخلل بينهما برء
كانت جناية واحدة رجل قطع من اصبع رجل المفصل الاعلى ثم قطع المفصل الثاني قبل
تخلل البرء يجب القصاص في المفصلين كانه قطعهما دفعة واحدة وان قطع المفصل الثاني
بعد البرء يجب على القاطع القصاص بقطع المفصل الاعلى والارش في المفصل الثاني لوجود
المساواة وقت قطع المفصل الاعلى وعدم المساواة وقت قطع الثاني لانه حين قطع
الثاني كان اصبع القاطع كاملاً واصبع المقطوع ناقصاً بمفصل فيجب الارش ولو قطع نصف
المفصل وبرأ ثم قطع الباقي من المفصل وبرأ فلا قصاص وضمن ارشه اما في النصف الاول
فلانه كسر العظم واما في النصف الثاني فلعدم المساواة ولو قطع قبل تخلل البرء يجب القصاص
في المفصل كانه قطع المفصل دفعة واحدة ولو قطع المفصل الاعلى عمداً ثم نصف الذي يليه قبل
البرء ضمن ارشهما وبعد البرء عليه القصاص في المفصل الاعلى وان قطع المفصل الاعلى وبرأ
فمات بسبب آخر فقطع المفصل الثاني من اصبع وارثه وليس لوارثه مفصل اعلى فعليه القصاص
في المفصل للمورث والارش لوارثه في المفصل الثاني لما بينا وان قطع الاصابع ثم قطع
الكف من المفصل او قطع الحشفة ثم الذكر قبل البرء يتحد وبعده يتعدد حتى لو قطع الاصابع
عمداً فبرأ ثم قطع الكف يجب القصاص في الاصابع وفي الكف حكومة عدل ولو قطع
الاصابع خطأ فبرأت ثم قطع الكف ففي الاصابع دية اليد وفي الكف حكومة عدل ولو لم
يتخلل بينهما برء تجب دية اليد لا غير ولو قطع الحشفة ثم قطع الباقي ان لم يتخلل بينهما برء
يجب دية كاملة وان تخلل بينهما برء يجب في الحشفة دية كاملة وفي الباقي حكومة عدل
شجه عشر موضحة ان لم يتخلل البرء دية كاملة في تلك السنة لان الكل اعتبر جناية
واحدة والجناية الواحدة متى اوجبت كمال الدية في تلك السنة وان تخلل البرء يجب كمال الدية

تجب

في سنة واحدة لانه اعتبر كل موضحة جناية على حدة والجناية الواحدة توجب كل جنايه
ارشها في سنة واحدة فصار كانه شج عشرين رجلا موضحة خطا جعل الموضحة منقلة بعد البرء
عليه في الموضحة القصاص وفي المنقلة حكومة عدل وان لم يحلل البرء يجب ارش المنقلة وهو | وهو عشر الدية
عشر الدية لان الثاني جعل تتميما للاول فكانه جعلها منقلة ابتداء وان قطع المفصل الاعلى
من سبابة اليد اليمنى من رجل ثم قطع من رجل اخر المفصلين من سبابة اليمنى ثم من الثالث سبابة
اليمنى كلها وذلك عمدا واجتمعوا يقتص للاول لوجود المساواة ويخير الثاني بعده بين
ان يقطع المفصل الثاني بعده ولا شيء له غيره وبين ان ياخذ ارش المفصلين لانه قدر على
استيفاء حقه ناقصا فيخير فاذا قطع المفصل الثاني يخير الثالث فان شاء قطع باقي
السبابة ولا شيء له وان شاء اخذ كمال ارش الاصبع لما بينا فان حضر الثاني اولا يقتص
له وللاول الارش وللثالث الخيار عليه قود في يمينه فقطعت يمينه بقود او سرقة او
حد بان قطع ولحل المال ولم يقتل ضمن ارش اليد لمن له القصاص في يمينه وان
قطعت يده ظلما عمدا او خطا او علي مال انسان غدا فضربه فقطعت يده او قتل رجلا فدفع
الى وليه ليقتله فقطع يده وعفا عن النفس او ارتد فقطعت يده باذن الامام او بغير اذنه
ثم اسلم او زنى وهو محصن فامر الامام برجمه فقطع رجل يده او قطع الطريق وقتل ولم | الامام
ياخذ مالا او قتل واخذ المال وامر بقتله لا غير فقطع يمينه رجل لم يضمن ارش طرفه لمن له
القصاص في طرفه وان امر بقطعه ايضا ضمن ارشها والاصل فيه ما مر ان من عليه القصاص
في الطرف متى فات طرفه من غير ان يقضي به حقا مستحقا عليه سقط القصاص لا الى
بدل ومتى قضي به حقا مستحقا عليه ضمن الارش لانه جعل كانه قائم حكما وتعذر
استيفاؤه فقطع يمين رجلين فارتد فقتل لهما دية واحدة بينهما ولو قطعت يده لاحدهما
كان للثاني دية واحدة فيمن في ردته اولا لان في الاول لم يقض باليد حقا فبطل حقهما
في احدى الديتين لفواتها وبقي حقهما في دية يد واحدة وفي الثاني قضي بطرفه حق احدهما
فبقيت اليد به للاخر ولو سرق قبل الردة فقطع في الردة لكل منهما دية يد كاملة لما بينا
ادعى رجل على رجلين قتل وليه عمدا فصدقه احدهما وقال الاخر خطاء او ادعى الخطا

فصدقه

وصدقه احدهما وقال الاخر عمدا ضمنا الدية والاصل ان تعذر الاستيفاء في القصاص
ان كان ممن له القصاص سقط القصاص وان كان من جهة القاتل يجب الدية لان الاصل
فيه القتل خطاء والخطاء معنى من القاتل ودعوى العمد لا ينافي وجوب المال
اذ القصاص قد ينقلب مالا اما دعوى المال فتنفي وجوب القصاص لان المال
لا ينقلب قصاصا ولو ادعى الخطاء واقر بالعمد او اقر احدهما بالعمد وجحد الاخر لم يقتص
بشيء ولو ادعى العمد عليهما فاقر احدهما وجحد الاخر قتل المقر لانه اقر على نفسه
بالقصاص والولي يدعي ذلك وشركة الاخر ليس لانكاره والعمد لا يورث الشبهة
ولو اقر احدهما بالعمد والاخر بالخطاء وانكر الولي شركة الخاطي قتل العامد لان شركة الاخر لم
تثبت لتكذيب الولي وان قال احدهما قطعت انا يد فلان وزيد قطع رجله ومات من ذلك
وجحد زيد والولي شركته فللولي ان يقتله لما مر ولو قال الولي انت قطعت يده عمدا
ولم ادر من قطع رجله لا يقتل لان الولي اقر بشركة الغير فلما ابهم فعسى ان يكون القاطع
وهو ليس باهل للوجوب للقصاص عليه كالاب والوصي والمجنون فلا يجب القصاص لما عرف | والمجنون
ان في شركة الاب والوصي لا يجب القصاص عندنا خلافا للشافعي الا ان يذكر قبل القضاء المقوط
وتعيينه وهو ممن يجب عليه القصاص لان المرء قد يبين شيئا ثم يذكر فلا يجعل مناقضا ولو ادعى
على رجلين انهما قتلا مورثه عمدا فاقر احدهما بقتله وحده عمدا او شهد شاهدان على اخر
انه قتله عمدا وحده بطلت الشهادة وقتل المقر وان كان القتل خطا فعلى المقر نصف الدية
ولا شيء على المشهود عليه لما سبق ان تكذيب الشاهد في بعض ما شهد به يمنع قبوله والفسق | شيء
يمنع الشهادة دون الاقرار لو ادعى انه شجه موضحة ومات بها فشهد ابا لموضحة وبالبرء وشهد
احدهما بالسراية والاخر بالبرء يقتل على الموضحة المتفق الكل وقيل هذا قولهما والاصل
ان القصاص ليس بمال فلا يدخل تحت الوصية الا اذا انقلب مالا واذا صار مالا وانما يثبت
الشركة اذا اتحد السبب اما اذا اختلف السبب فلا اذا ثبت هذا فنقول رجل مات
وترك ابنين وموصى له بالثلث واقام احدهما البينة ان زيدا قتل اباه عمدا واقام
الاخر على زيد او على غيره بانه قتله خطاء وصدق الموصى له مدعي العمد لهما نصف الدية

في ماله اثلاثا ثلثاه للابن الذي يدعي العمد وثلثه للموصى له ويعض للابن الاخر بالثلث على العاقلة لانه بسبب انه الدية بينهم اثلاثا الا ان الابن الاخر والموصى له كذباه حيث ادعاه على العمد عمدا فبطل ما هو نصيبهما وهو الثلثان وبقي نصيبه وهو الثلث ومدعي العمد اثبت بسببه القصاص الا انه سقط نصفه بتكذيب اخيه وانقلب نصفه مالا فثلثا النصف للابن وثلثه للموصى له وان الاخرا ان مدعي الخطاء لهما ثلث الدية على العاقلة ولمدعي العمد ثلثها في مال القاتل وان كذبها الموصى له او صدقهما فلا شيء له لان في تصديقهما تكذيبها وان قال لم ادر عمدا كان القتل او خطاء ففي حفظه وشبل فان بين فكما مر ولو كان مكان الموصى له ابن ثالث وكما مر غير ان الابن الثالث ان صدق مدعي العمد فلهما ثلثا الدية بينهما بالسوية وفي الموصى له كان يقضى لهما بنصف الدية والفرق ان مدعي العمد لم اثبت القصاص بنيته ومن اخيه نصفه اذ لاحق للموصى له في القصاص وهنا اثبت القصاص بنيته وبين اخوته اثلاثا ولكن بطل مدعي الخطا بتكذيبه فبقي ثلثا القصاص لهما وصار ذلك مالا ولو اخذ احدهما ما قضي له وثوي ما للاخر يشاركه ان اخذ الثلث والا لاحق لو قضي لاحدهما على العاقلة وللاخر في مال القاتل ثم ثوي ما لاحدهما وخرج ما للاخر ليس لصاحب الذي ثوي حقه ان يشارك صاحبه فيما خرج لان السبب مختلف وهو العمد والخطا

كتاب الديات

الدية المال الذي بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس وقد مر في اول الجنايات بيان دية شبه العمد والخطا وكفارتها ودية المسلم والذمي والمستامن سواء وقال الشافعي دية الكتابي اربعة الالف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية النصراني واليهودي اربعة الالف درهم وهو احد قولي الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل اثنى عشر الفا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وعن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما قالا دية الذمي مثل دية الحر المسلم وما رويناه اشهر مما رواه لظهور عمل الصحابة ودية المراة نصف دية الرجل لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال دية المراة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس حتى يجب في قتل المراة خطا خمسة الالف درهم وفي

قطع

قطع يديها الفان وخمسمائة وعند زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها بنصف وما دونها لا ينصف وبه اخذ الشافعي وقد روي ربيعة انه دخل على سعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد فساله عمن قطع اصبع امراة ما يجب فيها قال عشر من الابل ثم قال لو قطع اصبعين منها قال عشرون فقال ربيعة كلما كثر المها قل جرمها فقال له هذا السنة قلنا اراد به سنة زيد بدليل ما رويناه وقد روي علي مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم دية المراة على النصف من دية الرجل ولان حالها انقص من حاله ومنفعتها اقل من منفعته وقد ظهر اثر نقصانها في النفس فكذا في اطرافها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه

فصل فيما يجب الدية ويجب الدية في النفس والانف والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق واللحية ان لم تنبت وشعر الراس وان نبت اللحية ابيض لا يجب شيء وفي العبد يجب حكومة العدل والاصل في وجوب الدية في النفس قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وقوله صلى الله عليه وسلم في النفس المؤمنة مائة من الابل ثم ما لا ثاني له في البدن من اعضاء او معاني مقصودة فاتلافها كاتلاف النفس في انه يجب بها كمال الدية وذلك ما عددناه والاصل انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب به كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال لان كل جمال الوجه به فصارت النفس باعتباره كانها هالكة من وجه وكذا لو قطع المارن او الارنبة لان تفويت الجمال به يحصل ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لان المجموع عضو واحد وكذا في اللسان الدية لانه يتعلق به منفعة مقصودة وهو التكلم فان الادمي انما امتاز من سائر الحيوانات بالبيان وبه من الله تعالى علينا فقال الله تعالى خلق الانسان علمه البيان ولانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام اغراضه لاغياره وذا يفوت بقطع اللسان وكذا في قطع بعض اللسان اذا منع الكلام الدية لان الدية انما يجب بتفويت المنفعة لا بتفويت صورة الالة وتفويت

المنفعة يحصل بقطع البعض اذا منع الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد
الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب الدية فان الهاء والعين
والحاء لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب فيه حكومة
عدل لانه يحصل الافهام به مع ضرب خلل وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه
لا يحصل به منفعة الكلام وفي الذكر الدية لان في قطعه تفويت منفعة مقصودة من الادمي
وهو الايلاد واستمساك البول والرمي به عند الحاجة والايلاج الذي هو طريق للاعلاق عادة
وفي الحشفة كمال الدية لانها الاصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة في معنى التابع وفي
العقل والسمع والبصر والشم والذوق كمال الدية في كل واحد منها لان كل واحد منها منفعة
مقصودة فقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة على
الراس ذهب بها عقله وسمعه وبصره ومنفعة ذوقه ولان العقل من اعظم ما يختص به الادمي
فيه يدرك الاشيا ويمتاز عن البهايم وكذا غيره منفعة مقصودة فتفويتها كتفويت النفس
وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت لما بينا وقال الشافعي ومالك يجب فيها حكومة عدل لانه شعر
ينمو من البدن بعد كمال الخلقة فلا يتعلق بحلقه كمال الدية كشعر الصدر والساق وهذا لانه
زيادة في الادمي ولهذا احلق شعر الراس كله وبعض اللحية في بعض البلاد فلو كان مقصودا
لما حلق وليس فيه تفويت منفعة كاملة ووجوب كمال الدية يعتمد تفويت منفعة كاملة
والدليل عليه ان ما يوجب في الحر كمال الدية يوجب في العبد كمال القيمة ولو حلق لحية عبد لا
يلزمه كمال القيمة بالاتفاق وان لم تنبت وانما يلزمه نقصان القيمة فكذا في حق الحر ولنا
ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال في الراس اذا حلق فلم ينبت الدية كاملة والمنقول عنه في هذا
الباب كالمرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم لانه مما لا يهتدى اليه الراي ولانه فوت جمالا على الكمال
لان اللحية في اوانها جمال كذا في شعر الراس جمال كامل الا ترى ان الاقرع يتكلف في ستره
فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ان لله تعالى ملايكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوايب بخلاف شعر
الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد ففيها روايتان وروى الحسن عن ابي حنيفة

انه يجب كمال القيمة وفي ظاهر الرواية يجب نقصان القيمة لان المقصود في العبد الاستخدام
دون الجمال وبحلق اللحية لا يفوت هذا المقصود فاما الجمال فمقصود في الاحرار فتفويته
يوجب كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع للحية فصار كطرف من اطرافها
وتكلموا في لحية الكوسج والاصل انه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس
في حلقها شي لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك فان كان على
الذقن والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال ولكنه ليس
بكامل فيجب بتفويته حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي
لحيته كمال كامل وهذا اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شي لانه بقي
لفعل الجاني اثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى اثرها في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه
ما لا يحل له فان نبت بيضا فقد ذكر في النوادر انه لا يلزمه شي عند ابي حنيفة في الحر
لان الجمال يزداد بنبات اللحية وعندهما يجب حكومة عدل لان بياض الشعر جمال في اوانه
لا في غير اوانه فيجب حكومة العدل باعتباره وفي العبد يجب حكومة عدل عندهم لانه ينقص
قيمته ويستوي العمد والخطاء في حلق الشعر واللحية لان القصاص لا يجري في الشعور
لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا او دلالة والنص انما ورد في الجراحات قال
الله تعالى والجروح قصاص وهذا ليس في معناها لانه لا يحتاج في حلقها الى ايلام ولا يتوهم
فيها السراية كما في الجراحات واما ما يكون زوجا في البدن ففي قطعهما كمال الدية وفي احدهما
نصف الدية والاصل ذلك انه صلى الله عليه وسلم قال في العينين الدية وفي احدهما نصف الدية
وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي احدهما نصف الدية ففي
العينين واليدين والشفتين والحاجبين والرجلين والاذنين والانثيين وثديي المراة
الدية وفي احدهما نصف الدية وقال مالك والشافعي يجب حكومة عدل في الحاجبين لانهما
لا يوجبان الدية في الشعور والاصل ان في تفويت الاثنين من هذه الاشيا تفويت جنس المنفعة
او تفويت الجمال على الكمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية
وهذا لان في تفويت العينين واليدين تفويت منفعة الابصار والبطش وفي الشفتين تفويت

امساك الطعام عند الاكل ومنفعه الجمال على الكمال وفي الحاجبين تفوت منفعه الجمال وفي
الرجلين تفوت منفعه المشي وفي الاذنين تفوت منفعه الجمال على الكمال وقد قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في الاذنين بالديه وفي الانثيين تفوت منفعه الامناء والنسل وفي الثديين
تفوت منفعه الارضاع بخلاف ثدي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعه والجمال على الكمال ففيه
حكومه عدل وفي حلمتي المراه كمال الديه وفي احدهما نصف الديه لفوات جنس منفعه الارضاع
وامساك اللبن لانه اذا لم يكن لهن ما تحمله يتعذر على الصبي التقامها عند الارضاع ولنا
ما يكون ارباعا في البدن كاشفار العين الديه اذا لم ينبت وفي احدهما ربع الديه ويحتمل
ان يراد بها الاهداب مجازا لان شفر العين منبت الاهداب وسمي الهدب شفرا
تسميه للنابت باسم المنبت لمجاورتهما كالراويه للقربه وان كانت حقيقه في البعير
وهذا لانه يتعلق بها منفعه الجمال ومنفعه دفع الاذى والقذى عن العين لان بالاهداب
ينفي الاذى عن العين واذا كان الواجب في الكل كل الديه وهي اربعه فيجب في احدها
ربع الديه وفي ثلاثه منها ثلاثه ارباعها ويحتمل ان يراد بها منابت الشعر والحكم فيها هذا
ولو قطع الجفون باهدابها يجب ديه واحده لان الاشعار في الجفون كشيء واحد فصار
كالمارن مع القصبه واما ما يكون اعشارا في البدن كالاصابع اي اصابع اليدين والرجلين
ففي قطع اصابع اليدين او الرجلين كل الديه وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الديه
لقوله صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس منفعه
البطش او المشي وفيه ديه كامله وهي عشر فتقسم الديه عليها والاصابع كلها سواء
لاطلاق ما روينا ولان الكل سواء في اصل المنفعه فلا تعتبر الزياده فيه كالاسنان والثمار
مع الثمار وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث ديه الاصبع لانه قدر بها وما فيها
مفصلان كالابهام ففي احدهما نصف الديه التي للاصبع وهو نظير انقسام ديه اليد على الاصابع
واما ما يزيد على ذلك كالاسنان ففي كل سن خمس من الابل والاسنان كلها سواء لذلك
الحديث ولان الكل سواء في اصل المنفعه كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطاء فان كان
عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه ديه كامله

كالبد

كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان الحكم منوط بتفويت جنس المنفعه لا
بتفويت الصوره ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه وجبت الديه لان فيه تفويت منفعه
كامله وهي منفعه النسل وكذا لو احدبه لان فيه تفويت الجمال على الكمال لان جمال
الادمي في كونه منتصب القامه قال الله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم
قالوا المراد به منتصب القامه فلو زالت الحدوبه لا شيء عليه لزوال الاثر ولو
بقي اثر الضربه ففيه حكومه عدل لانه بقي بعض الشين ببقاء اثر الضربه والله اعلم

فصل في الشجاج وهي عشره الخارصه وهي التي تخرص الجلد اي تخدشه
ولا تخرج الدم والدامعه وهي التي تسيل الدم والباضعه وهي التي تبضع الجلد
اي تقطعه والمتلاحمه وهي التي تاخذ في اللحم وتقطعه والسمحاق وهي التي تصل الى
السمحاق وهي جلده رقيقه بين اللحم وعظم الراس والموضحه وهي التي توضح العظم
اي تبينه والهاشمه وهي التي تكسر العظم والمنقله وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي
تحوله والامه وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ ففي الموضحه نصف
عشر الديه ان كانت خطا وفي الهاشمه عشر الديه وفي المنقله عشر الديه ونصف
عشر الديه وفي الامه ثلث الديه وفي الجايفه ثلث الديه فان نفذت الجايفه فهما
جايفتان ففيهما ثلثا الديه لانه صلى الله عليه وسلم قال وفي الموضحه خمس من الابل
وفي الهاشمه عشر وفي المنقله خمس عشر وفي الامه ثلث الديه وفي الجايفه ثلث الديه
وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جايفه نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الديه ولانها اذا
نفذت نزلت منزله جايفتين احدهما من جانب البطن والاخر من جانب الظهر فيجب في كل واحد
منهما ثلث الديه وفيما دون الموضحه كالخارصه والدامعه والدامیه والباضعه والمتلاحمه
والسمحاق حكومه عدل اذا كانت خطاء لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهدارها
فصرنا الى حكومه العدل وعن ابرهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز انهما قالا ما دون الموضحه
من الشجاج بمنزله الخدوش ففيها حكومه عدل وفي الموضحه القود اذا كانت عمدا
لانه صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص في الموضحه ولان اعتبار المساواه فيها ممكن بان ينهي السكين

الى العظم فيتساويان والجنايات فيما دون النفس والقصاص اذا امكن اعتبار المساواة فيها
ولا قصاص في غير الموضحة من الشجاج لا فيما فوق الموضحة ولا فيما دونها لان القصاص انما يجري فيما
دون النفس بشرط المساواة ولا يمكن تحقق المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه
ولان في الهاشمة والمنقلة يحتاج الى كسر العظم وقد قال صلى الله عليه وسلم لا قصاص في العظم
وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وقيل الصحيح انه يجب القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج
وهو ظاهر الرواية لان عملها في الجلد واللحم والمساواة ممكن بان يسبر غورها بالمسبار ثم تتخذ
حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال
هي التي يظهر اللحم ولا تقطعه وما ذكرنا اولا مروي عن ابي يوسف وهو ظاهر الرواية وهذا
الاختلاف راجع الى مأخذ الكلمة لا الى الحكم ولم يذكر محمد الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ
لان النفس لا تبقى بعدها عادة فيكون قتلا لا شجة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس
لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى
لو تحققت في غيرهما كالساق والصدر واليد تجب حكومة العدل لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاج
في الراس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين
الذي يلحقهما ببقاء اثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الراس والوجه
واللحيان من الوجه عندنا لاتصالهما به بلا فاصل ويتحقق معنى المواجهة فيهما وقيل
ليسا من الوجه وهو قول مالك لعدم المواجهة فيهما حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر
لا يجب المقدر والذقن من الوجه اتفاقا والجائفة تختص بجوف الراس او جوف البطن
واختلفوا في تفسير حكومة العدل قال الطحاوي السبيل في ذلك ان يقوم لو كان مملوكا بدون بلغ مقابلة
الاثر ويقوم مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة
يجب نصف عشر الدية وان كان ربع العشر يجب ربع عشر الدية وعليه الفتوى
وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية
لان وجوب نصف عشر الدية في الموضحة بالنص وما لا نص فيه يرد الى المنصوص
اليه باعتبار المعنى **فصل** وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية

على ما رويناه وكان في الخمس نصف الدية ضرورة فان قطعها مع الكف ففيها ايضا نصف الدية
لقوله صلى الله عليه وسلم في اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان الكف تبع
للاصابع لان قوام البطش بها فان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف
الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو رواية عن ابي يوسف وعنه
انه ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لانه صلى الله عليه وسلم
قضى على قاطع اليد بنصف الدية خمسة الاف واليد من راس الاصابع الى الاباط
فلم تجز الزيادة على تقدير الشرع ولان الساعد ليس له ارش مقدر فيكون تبعا
لما فيه ارش مقدر كالكف ولهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انه آلة البطش
والاصل في البطش الاصابع والكف تبع لها اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متعلق
بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين ولانه انما يجعل تبعا للاصابع او الكف ولا يمكن
جعله تبعا للاصابع لان الكف حائل بينه وبين الاصابع والتبع ما يكون متصلا
بالاصل ولا يمكن جعله تبعا للكف لان الكف في نفسه تبع للاصابع ولا تبع للتبع
فاذا تعذر جعله تبعا وتعذر اهداره وليس فيه ارش مقدر فتجب حكومة العدل
ولا حجة له في الحديث لان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد منه الى الزند بدليل
السرقة وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية
وان كانت اصبعين فخمس الدية ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينظر
الى ارش الكف وهو حكومة عدل والى ارش ما بقي من الاصابع فيكون عليه الاكثر
ويدخل الاقل في الاكثر ولهما ان الجمع بين ارش الاصابع وارش الكف بغير اصبع
ممتنع اتفاقا لان ضمان الاصابع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصابع
فهو شيء واحد ولم يمكن ابطال احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه فوجب
الترجيح بالكثرة وله ان الاصل وان قل فهو احق بالاعتبار من المقدار كالسنة
مع الصغار والاصابع اصل حقيقة لان البطش يقوم بالاصابع وهي المنفعة
المطلوبة وحكما فان ارش الاصبع مقدر شرعا في كل اصبع عشر من الابل وليس للكف

ارش مقدر شرعا وما ليس بمقدر شرعا يجعل تبعا لما هو مقدر شرعا ولهذا تجعل الكف
تبعا لجميع الاصابع والترجيح بالذات احق من الترجيح بمقدار الواجب ولو قطع اليد
وفيها ثلث اصابع فعليه ثلاثة اخماس دية اليد ولا شي في الكف بالاجماع لان اكثر
الاصابع لما كانت قائمة جعلت كقيامها كلها فيكون الكف تابعا لها لان اقام الاكثر
مقام الكل اصل في الشرع وفي الاصابع الزائدة والسن الزائدة حكومة عدل لانه
لا منفعة فيه ولا زينة فيجب ارش مقدر ولكنه جزء من الادمي فلم يهدر
فوجبت فيه الحكومة تعظيما للادمي وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم
صحته حكومة عدل وقال الشافعي تجب دية كاملة لان الاصل هو الصحة
فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان السلامة لم تثبت بالدليل وانما
ثبتت بناء على الظاهر وهو لا يصلح للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة
لان المقصود ثم الجمال الزينة وذا لا اختلف بين البالغ والصبي وكذا الاستهلال
لانه مجرد صوت وليس بكلام ومعرفة الصحة في العين بما يستدل به على النظر وفي
الذكر بالحركة عند البول وفي اللسان بالكلام فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في
العمد والخطاء وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل وقال الشافعي دية كاملة
لقوله صلى الله عليه وسلم وفي الذكر الدية من غير فصل ولنا ان المنفعة الاصلية
من هذا العضو هو الانزال والاحبال واذا اعدمت هذه المنفعة فلا يجب فيه دية
كاملة كالعين القائمة التي ذهب نورها واليد الشلاء والرجل الشلاء ومن شج
رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية وقال
زفر لا يدخل لانهما جنايتان مختلفتان فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات
ولنا ان فوات العقل يجري مجرى اهلاك النفس فانه تفوت به منفعة سائر الاعضاء
وصار كما لو شجه موضحة فمات ووجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر
ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شي واذا وجب كمال بدل الشعر
باعتبار ذهاب الشعر لا يجب دونه باعتباره ايضا وصار كما لو قطع اصبع رجل

فشلت

فشلت يده وان سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يدخل في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية
البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل اما السمع والكلام مبطن فالحقا بالعقل ولهما
ان كل واحد من هذه المنافع اصل بنفسها فتتعدد حكم الجناية بتعدد اثر الفعل
ولم يتبع واحد من ذلك ما سواه بخلاف العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء
اما منفعة السمع والبصر فمختصة لا يدخل بعضها في بعض كالاعضاء المختلفة
ومن شج رجلا عمدا فذهبت عيناه فلا قصاص في شي منه عند ابي حنيفة وتجب الدية
فيهما وقالا في الموضحة القصاص والدية في البصر وروى ابن سماعة عن محمد انه يجب
القصاص في الموضحة والعين وان قطع اصبع غيره عمدا فشلت اصبع اخرى بجنبها
لم يجب القصاص فيهما عند ابي حنيفة ويجب دية الاصبعين وعندهما يجب القصاص
في الاولى والارش في الثانية وهو قول زفر والحسن وان قطع اصبع رجل من المفصل
الاعلى فشل ما بقي من الاصابع او كل اليد فلا قصاص في شي من ذلك اجماعا وينبغي
ان تجب الدية في المفصل الاعلى وما بقي حكومة عدل ولو كسر سن رجل فاسود ما بقي
او اصفر او احمر او اخضر فلا قصاص في شي من ذلك اجماعا وينبغي ان تجب الدية في السن
كله ولو قال اقطع المفصل او انزع السن او اكسر القدر المكسور واترك الباقي
لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود وصار كما لو شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة والاصل ان الجنايتين متى وقعتا على محلين
وانفلتت احدهما يوجب القود والاخر المال يجب المال في الكل اجماعا فاما الجناية
وقعت على محلين متباينين لان بينهما حايلا فاخذ حكم فعلين كل واحد منهما مبتدا
فلم يتعد الشبهة من احدهما الى الاخر كما لو رمى سهما الى انسان فاصابه ونفذ منه الى غيره
فعليه القود في الاول والدية في الثاني وكمن قطع اصبعا فاضطربت السكين
فاصابت اصبعا اخرى خطا منه فانه يقتص في الاول دون الثانية بخلاف السن
اذا اسود ما بقي منها او الاصبع اذا شل ما بقي منها او شلت اليد كلها لاتحاد المحل

لان ذلك بمنزلة شيء واحد وله ان الجرح بالمثل والجرح الاول سارٍ وليس في وسعه
التساوي فوجب المال ولان سراية الفعل مع اتحاد الفعل لشيء واحد فان السراية لا تسقط
عن الجناية وقد اتحد المحل من وجه بواسطة اتصال احدهما بالآخر فاذا لم يكن آخر الفعل موجبا
للقود لا يكون اوله موجبا له لانه بالنظر الى الابتداء ان كان عمدا فبالنظر الى الانتهاء
خطأ فصار خطأ من وجه دون وجه فلا يكون موجبا للقود للشبهة بخلاف النفس لان
احدهما ليس من سراية الفعل من شخص الى شخص وانما يتصور ذلك في شخص واحد بخلاف
الكسر اذا اتصل اصبع اخرى لان القطع في الاصبع الاخرى ليس من اثر الفعل الاول
بل الفعل جعله مقصودا فيتفرد بحكمه ووجه رواية ابن سماعة عن محمد ان سراية الفعل
تنسب الى الفعل شرعا ويجعل الفاعل مباشرا للسراية فيوجد به كما لو سرى الى النفس
فانه يجب القصاص ويجعل قتلا بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع فشلت بجنبها اخرى
لانه لا قصاص في الشلل اما ذهاب البصر فيجري فيه القصاص فصار الاصل عند محمد على
هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما امكن فيه القصاص كالسراية الى
النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر حصل بطريق التسبب
لان الفعل الاول بقي شجة على ما كانت والاصل في سراية الافعال انها اذا احدثت
لم يبق الاول كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا ولم يبق قطعا وهنا الشجة لم تزل
بذهاب البصر وكان الفعل تسبيبا الى فوات البصر كحفر البئر والتسبيب لا يوجب القصاص
ولو كسر بعض السن فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة
لا قصاص ولو ضربه بعصا فاوضحه ثم ضربه اخرى الى جنبها ثم تآكلتا حتى صارتا واحدة
فهما موضحتان وعلى الرواية المشهورة لا قصاص ويقتص منه على قول محمد ولو قلع سن
رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش عند ابي حنيفة وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية
وقعت موجبة والذي نبت نعمة من الله تعالى مبتداة فصار كما لو اتلف مال انسان فحصل
عليه مال آخر وله ان الجناية قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبي لا يجب الارش
اجماعا وهذا لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حين نبتت مكانها اخرى وما فات

عليه منفعة ولا زينة فلا يجب الارش وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لوجود
الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها الى مكانها ونبت عليها اللحم فعلى
القالع كمال الارش لان هذا النبات غير معتد به فالعروق لا تعود وكذا لو قطع
اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فنزع
المنزوع سنه سن النازع فنبتت سن المنزوع سنه اولا فعلى الذي نبتت سنه لصاحبه
خمسمائة درهم والاصل هنا ان القصاص واجب في السن ان نزعت او كسرت وانما يجب بفساد
المنبت ولهذا اذا نبت كما كانت قبل القصاص بطل القصاص وفساد المنبت لا يتبين الا
بمضي الزمان وقد حصل اداؤه حولا لان الحول حسن للانتظار في معنى يكشف الحال
كما في اجل العنين فاذا استوفى حولا ولم ينبت استيفاء في القود لا بالوقف بناء
باليأس ليبطل القصاص ومنه تضييع الحقوق فصار الحول دلالة اليأس غالبا فافهم
فاذا نبت من بعد بطل الحكم بالحول وتبين انه استوفى القود وليس له حق الاستيفاء
فضمنه كما لو نزع سنه ظلما وانما لم يلزمه القود لان فعله حق في الظاهر فصار شبهة
فيجب المال ولو ضرب سن انسان فتحركت يستأنى سنة ليظهر اثر فعله فان اجله القاضي
حولا ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فقال المضروب سقطت
من ضربك وقال الضارب لا من ضربي آخر فالقول للمضروب لان الظاهر يشهد له
وهذا بخلاف ما لو شجه موضحة فصارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول للضارب
لان الموضحة لا تورث المنقلة فلا تضاف اما الضربة المحركة للسن فمؤثرة في السقوط فيضاف
السقوط اليها وان جاء بعد السنة واختلفا فالقول للضارب لان التأجيل ما كان
الا ليظهر اثر فعله في تلك المدة وكان من ضرورته اعتبار الاجل ان يعتبر قول المضروب
اذ لو لم يكن مفيدا فاما بعد مضي الحول فقد انتهى وقت ظهور الاثر فالمضروب يدعي
على الضارب ان السقوط من اثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكر فكان القول قوله
ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل للالم ويجيء
الوجهان ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة

في العمد في ماله ولا يجب القود لانه لا يمكن رعاية المماثلة اذ ليس في وسعه ان يسود منه فان اصفرت روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان فيها حكومة عدل وذكر هشام في نوادره عن محمد عن ابي حنيفة قال في الحر لا شي وفي المملوك حكومة عدل وعند محمد فيها حكومة عدل وهو قول ابي يوسف لان الجمال على الكمال في بياض السن فبالصفرة ينعدم معنى الجمال فيها ولهذا اوجب في المملوك حكومة عدل فكذا في الحر ولابي حنيفة ان الصفرة لون السن فلا يكون فوت السن بخلاف السواد فانه دليل موته والمطلوب بالسن في الاحرار المنفعة وهي قايمة بعدما اصفرت وفي المملوك قد نقصت المالية بالاصفرار كذا قرره في المبسوط ومن شج رجلا فالتحمت فلم يبق لها اثر ونبت الشعر او ضرب رجلا فجرحه وبرا وذهب اثره لا يجب عليه الارش عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف عليه ارش الالم هو حكومة العدل باعتبار الالم الحاصل وقال محمد عليه قدر ما انفق في معالجته الى ان برا لانه انما لزمه اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله فيرجع عليه ولابي حنيفة ان الموجب هو الشين وقد زال ولا قيمة لمجرد الالم ولهذا لو ضربه ضربة تالم بها ولم تؤثر فيه لا يجب شي فان ضربه وجرحه فان بقي اثر الضرب فعليه ارش الضرب اي حكومة العدل ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله خطا قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد وقد مر ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرا وقال الشافعي يقتص منه في الحال كما في القود في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر لامر موهوم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم يستانى في الجراحات سنة ولان المعتبر في الجنايات مالها اذ حكمها في الحال غير معلوم فربما يسري الى النفس فيظهر انه قتل فما لم يستقر بالبرء او الهلاك لم يدر انه جناية ولا يمكن ترتيب موجبها عليها وكل عمد سقط القود فيه بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فالدية في مال القاتل وكذا كل ارش وجب صلحا او اقرارا او لم يكن نصف عشر الدية والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة ثم ما وجب بقتل الاب ابنه عمدا في ماله في ثلاث سنين وقال

الشافعي

الشافعي تجب الدية حالا لان القود سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كما لو سقط بالصلح على مال وهذا لان الاصل ان ضمان المتلف يكون على المتلف في ماله حالا كسائر المتلفات والتاجيل في الدية عند الخطا ثبت تخفيفا على الجاني وعلى عاقلته والعامد لا يستحق ذلك التخفيف فيكون الواجب عليه حالا الا ترى ان الوجوب على العاقلة لما كان للتخفيف على القاتل لم يثبت ذلك في العمد ولان وجوب الضمان لمعنى الجبر وجبره في نفسه حال فلا يتاخر جبره الا بدليل هو حال ولنا ان هذا مال وجب بنفس القتل فيكون مؤجلا كما لو وجب بقتل الخطا او شبه العمد وهذا لان المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال اصلا وانما عرفنا تقوم الادمي بالمال شرعا والشرع انما قومه بدية مؤجلة في ثلاث سنين فايجاب المال حالا زيادة على ما اوجبه الشرع معنى وكما لا يجوز باعتبار صفة العمدية الزيادة في الدية قدرا فكذا لا يجوز اثبات الزيادة فيه وصفا بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتدا فيكون حالا كالثمن في البيع وما وجب باقرار الجاني بقتله خطا فهو في ماله ولا يصدق على عاقلته لان العاقلة لا تعقل ما وجب بالاعتراف لما رويناه ولان له ولاية على نفسه في الالزام فيقبل دون عاقلته ويجب في ثلاث سنين لان بدل الدم شرع مؤجلا ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية ويكون ذلك في مال الجاني حالا للشافعي وسنبينه بعد ان شا الله تعالى وعمد الصبي والمجنون خطا وفيه الدية على العاقلة اذا بلغت جنايته فان كان اقل فجنايته في اموالهما لان ما دون جنايته في معنى ضمان المال والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد تجب فيه الدية في ماله لان العمد لغة القصد وهو ضد الخطا فمن يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير انما يكون على فعل العمد عمدا لا خطا الا انه ينبني على هذا القصد حكمان القود وهي الدية في ماله حالا والصبي ليس من اهل احد الحكمين وهو العقوبة لانها تنبني على الخطاب وهو غير مخاطب وهو من اهل الحكم الاخر وهو وجوب الضمان في ماله كما في غرامات الاموال فلزمه ذلك بمنزلة السرقة فانه يتعلق بها حكمان القطع وهو عقوبة وهو ليس باهله

والضمان وهو اهله فلزمه ذلك ولنا ان مجنونا سعى الى رجل بسيف فضربه فرفع
الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته وقال عمده وخطاه سواء ولان الصبي
مظنة الرحمة قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل الخاطي
البالغ انما كان على عاقلته لمعنى النظر والتخفيف على العاقلة والصبي ادعى الى التخفيف
وكان اولى بالوجوب على العاقلة وهذا لان العمد لا يتحقق منهما لانه يبتني على العلم
وهو بالعقل ولا عقل للمجنون وفي عقل الصبي قصور فلا يتحقق منهما القصد فصار
كالنائم وينبني على هذا التكفير وحرمان الارث شرع عقوبة على نيله والكفارة دائرة
بين العبادة والعقوبة لانها لرفع الذنب والصبي والمجنون ليسا من اهل العقوبة
لان فعلهما لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور والحظر ينبني على الخطاب وهو

موضوع عنهما

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امراة فالقت
جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة
وكل منهما خمسمائة درهم والقياس في الجنين ان لا يجب فيه شيء لانه لا يعرف حيوته
ولا يتحقق العقل الا في حي والضمان بالشك لا يجب فكم حيوته ولكن الظاهر حجة لدفع
الاستحقاق دون الاستحقاق به او يجب كمال الدية لان الضارب مع حدوث سبب
الحيوة فيه فيكون المتهيئ للحياة فيجعل كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كما جعل بيض
الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره ولكنا تركنا القياس بما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم ويروى او
خمسمائة وهو حجة على مالك والشافعي في تقديرها بستمائة وهي على العاقلة عندنا اذا
كانت خمسمائة درهم لانه خطاه وقال مالك في ماله لانه بدل الجزاء ولنا انه صلى الله
عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة وسماه دية وهي بدل النفس فان امراة ضربت بطن صاحبتها
بعمود فسطاط فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لاوليا الضاربة دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا
اكل ومثل دمه بطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه

بغرة

عن ان العاقلة لا تعقل ما دون خمسمائة درهم ويجب في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين ٢١٥
لانه بدل النفس وبدل النفس يكون في ثلاث سنين قتل او كثر فاما بدل الجزء فهو الذي
يتاجل في سنة ولنا انه صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة ولانه اذا كان
بدل النفس من حيث انه نفس مودعة في الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه
قبل الانفصال يتعذر الجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال
بالام فلا يثبت من التاجيل الا القدر المتيقن به ويستوي فيه الذكر والانثى لانه صلى
الله عليه وسلم قضى بالغرة ولم يفصل ولان تفضيل بدل الذكر على بدل الانثى باعتبار
تفاضل بينهما فيما هو من خصائص الادمية مؤثرا في التفاوت في البدل ولا تفاوت في
الجنين واذا لم يتفاوتا استويا في البدل وبدل الجنين موروث عنه لورثته وقال
الليث يكون للام لانه في معنى جزئها حتى يقرض بالمقراض فيكون بدله لها كسائر
اجزائها ولنا انه بدل نفسه لما بينا فيرثه كالدية ولا يرث الضارب حتى لو ضرب
رجل بطن امراته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث ابوه منها شيئا
لانه قاتل بغير حق مباشر ولا يرث القاتل واذا القت جنينا حيا ثم مات ففيه دية
كاملة لانه اتلف نفسا حية بالضرب السابق وقتل النفس المؤمنة يوجب الدية
وان القت جنينا ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالجنين والاصل فيه
حديث المغيرة بن شعبة قال كنت بين جاريتين فضربت احداهما الاخرى بعمود مسطح فالقت
جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة
في الجنين وان ماتت الام من الضربة ثم خرج بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية
في الجنين لانه قتل شخصين وان ماتت الام ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في
الجنين عندنا وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لان الظاهر انه مات من ضربه وفي الباقي
لا فرق بين ان ينفصل ميتا منها وهي حية او ميتة فقد ظهر انه اتلف نفسين فلزمه بدل
كل واحد منهما ولنا انه يحتمل الاشتباه في هلاكه اذا انفصل بعد موتها فربما
كان ذلك بالضربة وربما كان باختناق نفسه بهلاكها لانه يتنفس بتنفس الام فاذا ماتت

الام بقطع النفس ومع اشتباه السبب لا على الضمان لان في وجوبه شكا وفي جنين
الامة لو كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال ابو يوسف
يجب فيه نقصان الام ذكرا كان او انثى لانه جزء من وجه وضمان الاطراف يوجد مقدرها
من الاصل ولنا ان الضمان اما وجب وجب لكونه اصلا في نفسه لا لكونه جزءا لان في
ضمان الجزء انما يجب عند ظهور النقصان في الاصل وهنا بخلافه فيكون بدل نفسه فكان تقديره
بها اولى لان الضمان يجب جبرا للفائت والمقتول هو الجنين فكان اعتبار قيمته اولى من اعتبار
غيرها وانما اوجبنا عشر القيمة او نصف عشر القيمة اعتبارا بجنين الحرة فانه يجب نصف
عشر الدية ان كان ذكرا او عشر الدية ان كان انثى وهو خمسمائة والقيمة في المماليك
كالدية في الاحرار فيجب اعتبار القيمة بالدية فيؤدي الى هذا ضرورة فان قيل
يفضل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كان ذكرا في الديات يفضل الذكر على الانثى
ولا يفضل الانثى على الذكر قلنا هذا تسوية في الحقيقة والتسوية جائزة هنا بالاتفاق
وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية الانثى على النصف من دية الذكر والتفضيل انما
عند تفاوت الحال بتفاوت المالكية وهذا يكون في المنفصل لا في الاجنة لانه لا مالكية
في الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى في معنى النشو تساوي الذكر
وربما تكون الانثى اسرع نشوا بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر
لو تصور ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد وهو الظاهر وقال ابو
يوسف وعنه انه لا يجب في جنين الامة شيء وانما يجب نقصان الام ان تمكن فيها
نقص واذا لم يمكن لا يجب كما في جنين البهيمة وهذا بناء على اصلهم في ضمان الجناية على
المماليك فعند ابي يوسف هو بمنزلة ضمان المال حتى يجب بالغا ما بلغ وعندهما هو بدل عن
النفس ولهذا لا يزاد على مقدار الدية فان ضرب بطن امة فاعتق المولى ما في بطنها
ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لان الوجوب
بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا
لانه صار قاتلا اياه وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف وفصل هذا قولهما

فاما عند محمد يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لكون الاعتاق قاطعا
للسراية عنده ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب الكفارة لانه نفس من وجه واتلاف
النفس يوجب الكفارة فتجب الكفارة هنا احتياطا لما فيها من معنى العبادة ولنا
ان الشرع انما ورد بايجاب الكفارة في النفوس المطلقة وهو جزء من وجه ولهذا لم يجب فيه
دية كاملة فلا يلحق به دلالة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه
ولد في حق النفاس ومعنى العدة وامومية الولد فكذا في وجوب الغرة والمرأة اذا
ضربت بطن نفسها او شربت دواء لتطرح الولد متعمدا او عالجت فرجها حتى اسقطت الولد
ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بغير اذن الزوج وان فعلت باذنه لا يجب شيء كذا في العرف

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

ومن اخرج الى الطريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس
ان ينزع ذلك لان طريق المسلمين حق عامتهم فاذا اشغله بما ليس يحق له كان لكل واحد من اهل
الطريق رفعه كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيره فيه شيئا
فكذا في الحق المشترك ولصاحب هذه الاشياء ان ينتفع به اذا لم يضر بالمسلمين فاذا اضر بالمسلمين
كره له ذلك لان الانتفاع بالطريق ثابت له ايضا الا ان هذا الانتفاع بما لم يوضع له الطريق
فان كان لا ضرر فيه الحق بخالص حقه وهو المرور وان كان فيه ضرر بقي على اصله كره لان
السبيل في اشياء المباح ان لا يتضمن ضررا باحد فاذا تضمنه كره لقوله صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا
ولا ميزابا الا باذنهم لانه ملك مشترك بينهم ولهذا وجبت الشفعة لهم بكل حال والتصرف
في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملكه الا باذن الكل اضر بهم او لم يضر وفي الطريق
النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه ليس له فيه ملك فيباح الانتفاع به ما لم يضر بغيره
واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته
لانه متسبب لهلاكه ما تلف بما احدثه وهو متعد في هذا السبب فانه احدث في الطريق ما
يتضرر به المارة يشغل هواء الطريق او يحول بينهم وبين الطريق الذي هو حقهم وكذا اذا اسقط

ثم ما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة لكن ضمان البهيمة
في ماله لان تحمل العاقلة شرع بخلاف القياس في النفس فيقتصر عليها وان عثر بما احدثه في الطريق
رجل فوقع على اخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه انما عثر بما احدثه فكانه دفعه
بيده على غيره ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع اليه في هذه الحالة فصار كالآلة وان
سقط الميزاب ينظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان على احد لانه لما
وضع ذلك الطرف من الميزاب في ملكه واحداث شيء في ملكه لا يكون تعديا وان اصابه ما كان
خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لانه متعد في ذلك الطرف لانه شغل به هواء
الطريق الذي للمسلمين ولا يخرج عن الميزاب ولو اصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف
وهدر النصف كما لو جرحه سبع وانسان وان لم يعلم اي طرف اصابه ففي القياس لا شيء عليه
لانه ان اصابه الطرف الداخل لم يضمن وان اصابه الطرف الخارج ضمن والضمان لا يجب بالشك
لان فراغ ذمته ثابت بيقين وفي الشغل شك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه في
حال هو ضامن للكل وفي حال لا يضمن شيئا فيتنصف وان اشرع جناحا الى الطريق ثم باع
الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ الى المشتري
منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لانه كان جانيا بوضع الخشبة
او اشراع الجناح وبالبيع لم ينفسخ حكم فعله ولا شيء على المشتري لانه ما احدث في الطريق شيئا
وان وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا فهو ضامن له لانه متعد في احداث النار في الطريق
وان حركته الريح الى موضع اخر ثم احرق شيئا فلا ضمان عليه لان حكم فعله قد انتسخ بالتحول
من ذلك الموضع الى موضع اخر وهذا اذا لم يكن اليوم ريحا فان كان ريحا فهو ضامن ايضا
لانه كان عالما حين القاه ان الريح تذهب به من موضع الى موضع فلا ينتسخ حكم فعله بذلك
بل جعل كالمباشر ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا
قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم دون رب الدار لان التلف بفعلهم لان السقوط بنقضهم
في الاستمساك فكانهم القوا ذلك وكانوا قاتلين مباشرة فتلزمهم الدية والكفارة وحرموا الارث
وان سقط ذلك بعد فراغهم من العمل فالضمان على رب الدار استحسانا وفي القياس هذا كالاول

لانهم

٣١٧

لانهم باشروا احداث ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه وانما يعتبر امره فيما له ان يفعله
بنفسه وجه الاستحسان انهم عملوا له حتى استوجبوا الاجر عليه وقد صار عملهم مسلما
اليه بالفراغ منه فكانه عمل ذلك بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ فان عملهم لم يصر مسلما اليه بعد
وكذا ان صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة او رش الماء في الطريق او توضأ
في الطريق فعطب بذلك الموضع انسان فهو ضامن لانه متعد بما احدث في الطريق بالحاق
الضرر بالمارة وهذا كله في طريق العامة فان كان في سكة غير نافذة والذي فعل ذلك من اهل
السكة او قعد او وضع متاعه لم يضمن لان ذلك الموضع مشترك بينهم شركة خاصة ولكل واحد
من الشركاء ان يحدث شيئا من ذلك في الملك المشترك لم يضمن قالوا وهذا اذا رش ماء كثيرا
بحيث يزلق به عادة فان رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن
ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة لان السقوط
من فعله فصار كالجالس مع الدافع وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا
للمرور ولا اثر للماء فيه واذا تعمد المرور على موضع صب الماء عالما بذلك لم يضمن الراش
وان رش كل الطريق ضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق
في اخذها كله او بعضه وان بنى حانوتا باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا
ولو امر بالبناء في وسط الطريق ضمن الاجير لفساد الامر بخلاف الفناء لانه يباح له فيما
بينه وبين ربه احداث ذلك في فنائه اذا كان لا يضر بغيره وقد جرت العادة بذلك في
بلاد المسلمين او وضع حجرا فتلف به انسان فالدية على عاقلته فان تلفت بهيمة فهو في ماله
لانه متعد في هذا التسبب باحداثه في الطريق ما يتضرر به المارة الا ان العاقلة تحمل النفس
دون المال للمأثرة والقاء التراب في الطريق واتخاذ الطين فيه بمنزلة القاء الحجر والخشبة
للمأثرة ولو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه ما احدث في الطريق شيئا
وانما كنس الطريق لئلا يتضرر به المارة ولا يؤذيهم بالتراب فلا يكون هو متعديا في هذا
السبب ولو جمع الكناسة في الطريق فعطب به انسان ضمن لانه بفعله صار متعديا
ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه وقد خرج الاول

لانه لم يفعله وقد انتسخ بفراغ الموضع الذي شغله وانما اشتغل بفعل الثاني موضع اخر
فهو كالمحدث لذلك في هذا الموضع ولو حفر الرجل بالوعة في الطريق الاعظم منع من ذلك لانه
لا يخلو عن الضرر فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لان السلطان له
ولاية على الطريق الاعظم فسلم عن صفة التعدي كان ذلك في ملك الحافر وان كان بغير امره ضمن
لانه متعد لما مر وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في الطريق العامة مما ذكرناه
كاشراع الجناح والكنيف والميزاب والرفوف ان كان بامر السلطان لم يضمن وان كان بغير امره
ضمن وكذا ان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد في التسبب وكذا ان حفر في فناء داره لان الفناء هذار
في تصرفه وله ان يفعل ذلك لمصلحة داره وقيل اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر
فيه لانه غير متعد فيه فاما اذا كان لجماعة المسلمين او كان مشتركا بان كان له حق الحفر لا يضمن
لانه غير متعد فيه في سكة غير نافذة ضمن لانه متسبب متعد وهذا اصح ولو حفر بيرا في الطريق
ومات الواقع فيه جوعا او غما لا بسبب السقوط فلا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لان الجوع معنى يحدث منه
حيث لم يبق شيء في معدته من مواد الطعام وليس من اثر فعل الحافر فلا يضاف اليه فاما الغم
فانه جعل الارض عميقا وهو اثر حفره فيضاف اليه وقال محمد رحمه الله تعالى هو ضامن في الوجوه طعام
كلها لان كل ذلك انما حدث بسبب الوقوع في البير اذ لولاه لكان لم يصبه والحكم تارة يضاف
الى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان موته انما يضاف
الى الحفر اذا مات بسبب الوقوع ليجعل الحافر كالدافع فيجب ازالة الملك فاما اذا طرأ
عليه سبب اخر للهلاك ولا صنع للحافر فيه فلا يضاف اليه واذا استاجر عليها اجراء يحفرونها
له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجراء
يعملون له ولهذا يستوجبون عليه الاجر وقد صاروا معذورين من جهته حيث لم يعلمهم
ان ذلك ليس من فنائه وانما حفروا اعتمادا على امره وعلى ان ذلك من فنائه فلدفع ضرر
الغرور ينتقل فعلهم الى الامر فصار كانه حفر بنفسه فصار كما لو امر بذبح الشاة
فذبحها ثم تبين انها لغيره الا انه يضمن المامور ثم يرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر

مسبب

مسبب والاول اولى بالضمان ثم يرجع للغرور وهنا الضمان يجب على المستاجر ابتداء لان كل
واحد منهما متسبب ثم الاجير غير متعد والمستاجر متعد فكان احق بالضمان وان علموا انها انها
في غير فنائه فالضمان على الاجراء لانهم جناة في الحفر وامره اياهم بالحفر غير معتبر شرعا لانه
غير مالك للحفر بنفسه في هذا الموضع فسقط اعتبار امره وكان الضمان على مباشري الحفر
وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على
الاجراء في القياس لعلمهم بفساد الامر فلم يوجد الغرور وفي الاستحسان الضمان على المستاجر
لان امره في فنائه معتبر فان عند ابي يوسف ومحمد له ان يحفر في فنائه اذا كان لا يضر بالمارة
وليس لاحد منعه من ذلك وعند ابي حنيفة يحل له ذلك فيما بينه وبين ربه ما لم يمنعه مانع العامة
وهذا لان اسم الموضع اختص بصاحب الملك بالانتفاع به من حيث كسر الحطب وايقاف الدواب بغير الامر
والقاء الطين والكناسة فيه وبناء الدكان فكان امره معتبرا في النقل وانتقل فعل الاجراء اليه
فكانه فعل ذلك بنفسه ومن وضع خشبة في طريق فتعمد رجل المرور عليها فسقط فعطب فلا
ضمان على صاحبها الذي وضعها وكذا لو جعل قنطرة على نهر بغير اذن الامام فتعمد رجل عليه
فوقع فعطب فلا ضمان على الذي قنطر لان المار بفعله صار علة ولكنه لم يصلح نسبة الحكم
اليه لكونه مباحا فاذا تعمد المرور بان كان يبصر ويجد موضعا اخر للمرور صار متعديا
فنسب التلف اليه دون المتسبب وصار كانه اتلف بنفسه فاذا لم يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا
ضمن اذا وضعه بغير اذن الامام فاما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن واذا حفر رجل بيرا
على الطريق فوقع فيها رجل وتعلق باخر وتعلق الاخر باخر فوقعوا جميعا ووقع بعضهم على بعض
وماتوا ولم يدر حال موتهم ففي الاستحسان وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو قول ابي حنيفة
وابي يوسف فدية الاول اثلاثا ثلثه على الحافر وثلثه على الثاني وثلثه هدر لانه ظهر لموته
اسباب ثلاثة وقوعه في البير ووقوع الثاني والثالث عليه وليس بعضها باولى من البعض
بالاضافة اليه فيكون ثلث ديته على الحافر وثلثه على الثاني لانه جر الثالث عليه وثلثه
هدر لانه هو الذي جر الثاني على نفسه ودية الثاني نصفان نصفه هدر ونصفه على الاول لانه
ظهر لموته سببان وهو وقوعه ووقوع الثالث عليه فنصفها هدر لانه هو الذي جر الثالث

بالجر

على بعيه ونصفه على الاول لانه هو الذي جنى ودية الثالث على الثاني كلها لانه لا تسبب لموته
سوى الثاني اياه الى بئره وفي الباقين وهو قول محمد ودية الاول على الحافر لان وقوعه في البئر
سبب لموته ظاهرا وهو اسبق الاسباب فيضاف اليه ودية الثاني على الاول لانه هو الذي
جره ودية الثالث على الثاني لما بينا وهي على عواقلهم ومن حمل شيئا وهو يمشي في الطريق
فسقط على انسان فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين العبور والسقوط
والفرق بينهما ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة فجعل
مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس بوارا على قدر الحاجة يضمن اذا سقط منه وعطب
به انسان لانه لا تعم به البلوى مسجد لعشيرة فعلق رجل من غير العشيرة فيه قنديلا
او جعل فيه بواري او حصا فعطب به رجل ضمن ولو جعل ذلك رجل منهم لا يضمن وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل ولا يضمن كاهل
المسجد وكما لو كان باذنهم وهذا لان بسط الحصير ونصب القناديل من باب التمكين من الصلاة
فيه فغير اهل المسجد في ذلك كاهل المسجد وله انه جعل ما ليس في ولايته فيضمن
كما لو حفر بئرا في المسجد لمصالح المسجد فعطب فيها انسان او حيوان فانه يضمن وهذا
لان الراي في التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله كنصب الامام والموذن واختيار المتولي
وفتح بابه واغلاقه دون غيرهم وهذا لو صلى غير اهل المحلة بجماعة كان لاهل المحلة
ان يعيدوها ولو صلى اهل المحلة لا يكون لغيرهم ان يصلوا ثانيا بجماعة فكان فعلهم
مباحا مطلقا وفعل غيرهم مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة
اذا اخطأ الطريق كما لو تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن بصدده الاستيذان
من غيره وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل ان كان في غير الصلاة ضمن وان كان في
الصلاة لا يضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن بكل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن
او للتعليم او للصلاة او نام فيه خلال الصلاة او في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه
لحديث فهو على هذا الخلاف واما المعتكف فقد قيل هو على هذا الخلاف وقيل
لا يضمن بالاتفاق لهما ان المساجد انما بنيت للصلاة وللذكر ولقراءة القرآن ولا

فكان

فكان الجلوس لها مباحا والمنتظر للصلاة في الصلاة حكما لقوله صلى الله عليه وسلم
المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها والمصلي لا يضمن وكذا المنتظر ولان اداء الصلاة
بالجماعة لا يكون الا بالانتظار فكان من ضرورتها فالحق بها وله ان المسجد انما بني
للصلاة وهذه الاشياء تابعة لها فكان الجلوس للصلاة مباحا مطلقا والجلوس للتوابع
مباحا مقيدا بشرط السلامة كمن وقف في الطريق ليصلح بين فئتين فانه يضمن ما عطب به
وكذا الرامي الى الكافر او الى الصيد مقيد بشرط السلامة ومع ذلك اذا اصاب مسلما يضمن
ولا خلاف انه اذا مشى في الطريق او في المسجد فاوطأ غيره او نام فيه فانقلب على غيره
انه يضمن وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في غير الصلاة فتعلق به انسان لا يضمن في الصحيح
لان المساجد اعدت للصلاة العامة من غير خصوص فكان لكل احد ان يصلي فيه وحده وانما
المفوض الى اهل المسجد امر الصلاة بالجماعة

فصل في الحائط المائل

واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطالب مسلم او ذمي صاحبه بنقضه فلم ينقضه في مدة
يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن وهو قول
الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو تعد وهذا لانه بنى الحائط في ملكه والسقوط والميلان
ليس من صنعه فلا يضمن كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد
شغل هواء الطريق بحائطه ووقع في يده هواء المسلمين ورفعه في يده فاذا طولب بالتفريغ
ويرتفع الهواء عن هذا الشغل لزمه ذلك فاذا لم يفرغ مع التمكن صار جانيا وجعل كانه
شغله ابتداء باختياره كمن وقع في يده ثوب انسان ولا يكون متعديا في امساك الثوب لكن
لو طولب بالرد فلم يرد صار متعديا في امساكه بعد ذلك كذا هنا بخلاف ما قبل الاشهاد
لانه لم يطالب بالتفريغ فهو نظير الثوب اذا هلك في حجره قبل ان يطالبه صاحبه بالرد ثم
ما تلف به النفوس يجب الدية على العاقلة لانه دون الخطأ في الجناية فاولى ان يستحق التخفيف
وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانه في ماله لان العاقلة لا تعقل المال
والشرط الطلب والاشهاد ليس بشرط حتى لو طولب بالتفريغ من غير اشهاد ولم
يفرغ مع التمكن حتى سقط وتلف به شيء وهو يقر بالطلب ضمن وفائدة الاشهاد امكان

اساس الطلب عند الجحود كما في الشفيع فالمعتبر في حقه طلب الشفعة ولكن يؤمر بالاشهاد
احتياطا لتمكنه من اثباته عند الجحود وتمكنه من الاشهاد الى وقت السقوط شرط
لانه لا بد من تمكنه من النقض ليصير جانيا بتركه وصورة الطلب ان يقول ان حائطك هذا مائل
فاهدمه وصورة الاشهاد ان يقول اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه
هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لعدم التعدي ولو بنى الحائط مائلا الى الطريق
في الابتداء فهو ضامن لما سقط عليه من غير اشهاد لانه متعد في شغل هواء الطريق ببنائه
وهذا كاشراع الكنيف والقاء الحجر والخشب في الطريق فان هذا جناية بنفسه بدون الطلب
والاشهاد وتقبل شهادة رجل وامراتين على التقدم لان الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط
بالشبهة وهو المال لا القتل ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي رجل او امراة حر
او مكاتب لان الناس في المرور في الطريق شركاء والتقدم اليه صحيح عند السلطان وعند غير
السلطان لانه يطالبه بالتفريغ ولكل واحد حق في الطريق فينفرد في المطالبة بتفريغه
وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له فيه دون غيره وان كان
فيها سكان فلهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما يشغل الدار فكذا بازالة ما يشغل
الهواء ولو اجله رب الدار او ابراه منها او فعل ذلك سكانها صح ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط
لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح
لان الحق لجماعة الناس فلا يكون لهما ابطال حقهم واذا باع الحائط بعدما اشهد عليه وقبضه
المشتري اولا يبرئ من ضمانه لانه انما كان جانيا بترك الهدم مع تمكنه منه وبالبيع
زال تمكنه من هدم الحائط فخرج من ان يكون جانيا بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا
باصل الوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرا كما مر ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه
في الهدم فحاله كحال البائع قبل الاشهاد فاذا اشهد على المشتري بعد شرائه فهو ضامن
لتركه تفريغ الطريق بعد ما طولب به مع تمكنه من ذلك والاصل ان الاشهاد على الحائط
اشهاد على نقضه وان التقدم يصح الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا
يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار لانهم لا يتمكنون

من نقضه فمن يصح التقدم اليه الراهن لقدرته على نقضه بواسطة الفكاك والاب والوصي حتى
لو مال حائط الصغير فاشهد على ابيه او وصيه فسقط واتلف شيئا فالضمان في مال الصبي لان
الاشهاد على الاب والوصي كالاشهاد على الصبي لانهما يقومان مقامه ويملكان هدم
الحائط وصار التقدم اليهما كالتقدم اليه بعد بلوغه وكان ترك الهدم منهما كالترك من الصبي
فلهذا كان الضمان عليه دونهما ويصح على امه ايضا فان بلغ الصبي او مات الاب او الوصي
فلا ضمان فيه لان ذلك الاشهاد قد بطل لفوات قدرة الاب او الوصي بموته وبلوغ الصبي
والمكاتب لان له الولاية والعبد التاجر سواء كان عليه دين او لا لتمكنه من هدم الحائط
ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فضمانه في عنق العبد يباع فيه وان كان نفسا فعلى عاقلة
المولى لان الاشهاد من وجه على المولى لان الحائط ملك المولى ان لم يكن عليه دين فالمولى
احق باستخلاصه لنفسه وضمان المال اليق بالعبد لانه ينتقل الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك
وضمان النفس بالمولى لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكانه كان الضمان على عاقلة المولى
واحد الورثة في نصيبه والقياس ان لا يصح التقدم الى الباقين ولا يصح هذا الاشهاد
وجه الاستحسان انه يتمكن من ان يطالب شركاه ليجمعوا على هدمه فيضمن هذا الذي اشهد
عليه بحصة نصيبه مما اصابه الحائط ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد
فقتله فعثر غيره لا يضمن صاحب الحائط لانه ليس له رفع القتيل ولا به دفعه لولي القتيل
لا لرب الحائط وان عطب بالنقض ضمنه لان النقض ملكه وكان التفريغ اليه حائط مائل اشهد عليه
فوقع صاحب الحائط او غيره عليه جرة فسقط الحائط ورمى بالجرة على انسان فقتله فانما
على صاحب الحائط ولو عثر بالجرة او بنقضها احد ان كانت الجرة لغير صاحب الحائط فلا
يضمن احد اما صاحب الحائط فلان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على الجرة واما صاحب الجرة
فلانه لم يجد الاشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لرب الحائط يضمن لقدرته على رفعها
حائط مائل لخمسة فاشهد على احدهم فسقط على رجل فقتله ضمن الذي اشهد عليه خمس الدية ويكون ذلك
على عاقلته وان كانت دار بين ثلثة فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا بغير اذن صاحبيه فعطب به
انسان فعليه ثلثا الدية وعلى عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية في المسالتين

لان ما تلف بنصيب من اشهد عليه معتبر لانه صار جانيا وما تلف بنصيب من لم يشهد عليه
هدر فلما هدر البعض واعتبر البعض جعلا قسمين كمن جرح رجلا وجرحه عقرب و
حية وعقره كلب فمات من ذلك كله فانه يضمن الجارح النصف كذا ههنا وفي مسئلة البئر النفس
تلف بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين ولئن ان العلة ثقل مقدار وعمق مقدار لا
اصل لذلك لسبين بعلة اذ الثقل اليسير او العمق اليسير لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل
جزء علة فجعل بجميع العلل واذا كان كذلك اعتبر الكل علة واحدة فيضاف الحكم اليهما ثم
يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جرح يصلح علة بانفراده صغر او كبر
الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على البعض مكاتب اشهد عليه
في حائط له مائل فسقط ضمن لولي القتيل الاقل من قيمته ومن الدية كما هو حكم جناية المكاتب
فان سقط الحائط بعد عتقه فالدية على عاقلته لانه انما يصير جانيا عند السقوط فيعتبر
حاله وقت السقوط فان عجز ورد في الرق او باع الحائط ثم سقط فلا ضمان على احد لان
دوام القدرة على الهدم شرط الى وقت السقوط حتى يصير جانيا عند السقوط ولم يوجد
ولو اشرع كنيفا ونحوه فباع او عتق فسقط ضمن الاقل من قيمته ومن الارش لانه يصير جانيا في
وقت الاشراع وفي ذلك الوقت كان مكاتبا وحكم جناية المكاتب هذا وان عجز ورد الى الرق
تخير المولى بين الدفع والفدا لانه زال المانع من الدفع ولو عثر انسان بنقض الكنيف بعده
وكذا لو عثر انسان بعد القتيل فالضمان على المخرج لان نفس الاشراع جناية فما تولد منه
يكون مضمونا عليه بخلاف الحائط على ما مر حائط مائل اشهد عليه فسقط على حائط جاره
فهدمه فالجار بالخيار ان شاء ضمنه الحائط وترك النقض عليه وان شاء اخذ النقض وضمنه
النقصان لقيام الحائط من وجه وهلاكه من وجه وما تلف بوقوع الاول والثاني فعلى مالك
الاول وما تلف بنقض الثاني فهو هدر لان الثاني لم يشهد عليه وليس للاول ولاية رفعه الثاني م
ولو كان الحائط ملك الاول لانه قادر على رفعه فقد اشهد عليه حائطان مائلان اشهد عليهما
احدهما فسقط احدهما على الآخر فهدمه فما تلف بوقوع الاول او الثاني او بنقض الاول فعلى
مالك الاول وما تلف بنقض الثاني فهو هدر سفل وعلو مائلا واشهد عليهما فسقط السفل
ورمى

ورمى بالعلو على احد فقتله ضمن صاحب السفل لان سقوط العلو بواسطته ولو عثر بنقض
العلو فهو هدر عبد نام او قعد في طريق ودام عليه حتى عتق فعثر به احد ومات فالدية على
عاقلة العبد لان الدوام فيما يستدام له حكم الابتداء والنوم والقعود دوام فصار كانه
انشا النوم والقعود بعد العتق فتوجب الدية على عاقلته وعاقلته عاقلة المولى وان طرح
رجله ونحوه للرواح ثم اعتقه سيده ثم عثر به احد يجب على سيده قيمته لان الدوام ههنا
بغير اختياره فكان التلف مضافا الى ابتداء فعله وهو في حال الرق وصار المولى باعتاقه
مانعا دفعه فصار كعبد جنى وكعبد حفر بئرا ثم حرره سيده ثم وقع فيها انسان وكذا
لو وقف العبد دابة في الطريق ثم عثر بها انسان ومات ضمن السيد قيمة العبد لان ايقاف
العبد جنايته دون وقوف الدابة ولا دوام للايقاف فاضيف التلف الى ابتداء الايقاف
وهو قبل العتق فصار كما لو اعتق عبدا قد جنى ولو سقط رجل عبد لغيره القاه في الطريق
فما تلف به قبل العتق وبعده فعلى الساقط كانه وضع حجرا في الطريق بخلاف ما لو القاه
مع غيره فمات لانه مختار في الجلوس حتى لو اعتقه سيده بعد اجلاسه فعطب به انسان ضمن
عاقلته سيله ذهب بنار في ملكه او ملك غيره فوقع شررها على ثوب انسان فاحترق ضمن
وان حمله الريح والقته في الثوب لا يضمن لانه تخلل الريح وان وضع جمرة على حائط فسقط على
رجل واتلفه لا يضمن لانه غير متعد في الوضع

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما وطئت دابته بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت او
صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا والاصل
ان السير على الدابة في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشي لان الحق في
الطريق مشترك بين الناس فهو يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه فاباحته تقيد
بشرط السلامة ليعتدل النظر للجانبين وانما نقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون
ما لا يمكن التحرز عنه لانا لو شرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء
حقه لانه يمتنع عن المشي والسير على الدابة مخافة ان يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه والتحرز عن
الوطء وما يشاكله في وسع الراكب اذا امعن النظر في ذلك فقيدنا بشرط السلامة عنه

وليس في وسعه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب لان وجه الراكب امام الدابة لا خلفها
فلم يتقيد به حتى لو اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن ايقاف الدابة وان
لم يمكنه التحرز عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به والمتعدي في السبب
ضامن وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا
ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن لان هذا مما لا يمكن التحرز عنه فسير الدابة
لا يعرى عنه وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدابة ينفك عنه
وانما يكون بخرق منه في السير والراكب والرديف والقائد والسائق في الضمان سواء
لان الدابة في ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا كذا في المبسوط فان راثت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه لا يمكنه التحرز عن ذلك فهو من ضرورات
السير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب من لا يفعل ذلك حتى تقف وهذا مما لا
يستطاع الامتناع عنه واذا اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن
لانه متعد في هذا السبب فهو ممنوع عن ايقاف الدابة خصوصا اذا كان يضر بالمارة
وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بتقريب
الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه كالراكب الا ان على الراكب
الكفارة فيما اوطأت الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء
لان القتل انما حصل بثقله حين كان هو على الدابة التي اوطأت وثقله اتصل بالقتيل فصار مباشرا
بمنزلة الرامي واما السائق والقائد فلم يتصل اثر فعلهما بالقتيل بل فعلهما تسبب الى القتل وكذا
الراكب في غير الايطاء مسبب والكفارة جزاء مباشرة القتل فلا تجب بالسبب وكذا يتعلق بالايطاء
في حق الراكب حرمان الارث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة وذكر
القدوري في المختصر والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت
بيدها دون رجلها والمراد النفحة لان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه التحرز عنه وغائب
عن نظر القائد فلا يمكنه الاحتراز عنه والصحيح ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان
بمرأى عينه لانه ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه الاحتراز عنه بخلاف الكدم لانه

يمكنه كبحها بلجامها وقال الشافعي كلهم يضمنون بالنفحة لان فعلها مضاف اليهم ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم الرجل جبار والمراد به نفحة الرجل فان قيل هي مدفوعة الى ذلك الفعل
بتخويفه فانتقل فعله اليه كما في المكره قلنا انتقال الفعل ثم بتخويف القتل او تفويت العضو
وهذا التخويف بالضرب وبمثله لا ينتقل الفعل ولو كان راكب وسائق قيل يجب الضمان عليهما
لان كل واحد منهما سبب الضمان وقيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب
مباشر لما مر والسائق مسبب ولا عبرة للسبب مع وجود المباشر كالحافر مع الملقي واذا اصطدم
فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر استحسانا وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة
كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو القياس لهما ان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه
لان الاصطدام فعل يقوم بهما فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما لو جرح كل واحد نفسه وصاحبه
جراحة او كان الاصطدام عمدا او حفرا في الطريق بئرا فانهار عليهما فانه يجب على كل منهما
النصف كذا هنا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل على عاقلة كل واحد من المصطدمين
دية كاملة لان كل واحد منهما مدفوع بصاحبه فكانه اوقعه من الدابة وهذا لان دفع صاحبه
اياه علة معتبرة لانه اثر في الحكم فاما فعل المصطدم فلا يصلح علة معارضة لدفع الصادم
لان فعله مباح لانه مشى في الطريق فهو بمنزلة من وقع في بئر احفرها رجل في الطريق فان الضمان
يجب على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله لما سقط في البئر ثم فعل صاحبه مباح ايضا ولكن
الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره والفعلان محظوران فيما ذكرنا من
عبدين يهدر الدم في العمد لانه هلك كل واحد منهما بعد ما جنى بلا خلف وكذا في الخطأ لان
الاصل في جنايات العبيد اذا كانت خطأ الدفع او الفدى لانه يتعين بها المحل ولو لم يوجد
ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها
ورثة المقتول الحر لان على اصل ابي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي عندهما
فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي
العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون في العمد النصف وهذا القدر يأخذه
ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر سقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل

وهو نصف القيمة وهو كمن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته
كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه مما يمكن التحرز عنه وانما سقط لانه لم يشد عليها او لم
يحكم ذلك فكانه القاها بيده على الطريق ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير منه
انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لان القطار كله في يده فزاوله الى اخره فيضاف اليه ذلك
فيصير في الحكم كانه قتله خطأ فيكون ضمان النفس فيه على العاقلة وضمان المال في ماله وان كان
معه سائق فالضمان عليهما لاستوائهما في السبب وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل وان كان
يوسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما عطب بين يديه لان القائد
لا يقود ما خلف السائق لانقطاع الزمام وان كان يسوق ما كان امامه وان ربط رجل بعيرا
بالقطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط رجلا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه قائد للكل فيكون
قائدا لذلك البعير والقود سبب لوجوب الضمان ومع هو سبب الضمان منه لا يسقط الضمان
لجهله ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لان الرابط هو الذي اوقعه في هذا الضمان حيث ربطه
بالقطار وهو متعد فيما صنع فصار في التقدير هو الجاني فلهذا اوجب الرجوع على عاقلته
ولم يجب الضمان عليهم ابتداء وان كان كل منهما مسببا لان الربط من القائد كالسبب والمباشر لان
التلف اتصل بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط في حالة سير القطار لانه امر بالقود
دلالة واذا لم يعلم به كان قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط في حال وقوف الابل ثم
قاد صاحب القطار ضمن القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه فلا يرجع عليه بما لحقه من الضمان
ومن ارسل بهيمة اي كلبا وكان لها سائقا اي كان خلفها فاصاب شيئا في فوره ضمن لانه محمول
عليه من جهته فاضيف فعله اليه كالمكره يضاف فعله الى المكره فيما يصلح آلة له ولو ارسل طيرا
اي بازيا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان الكلب عامل باختياره يحتمل السوق فاعتبر
سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن سائقا
لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل والفرق ان الكلب عامل
باختياره الا انه نسب الى المرسل في حق اباحة الصيد للضرورة لان للناس حاجة الى الاصطياد
ولا طريق له سواه ولا ضرورة في حق الضمان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا

لاموال

لاموال الناس وذكر في المبسوط اذا ارسل دابته في طريق المسلمين فما اصابته في فورها فالمرسل
ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سير ارساله فان عدلت يمينا او شمالا فلا
ضمان عليه لانها تعرج عن حالها وانشأت سيرا باختيارها فكانت كالمنفلتة الا ان يكون
لها طريق غير الذي اخذت فيه فحينئذ يكون ضامنا وكذا اذا وقفت ثم سارت بنفسها فلا
ضمان عليه لان حكم فعله قد انقطع بالوقوف ثم هي انشأت السير باختيارها بعد ذلك
فلا يضاف اليه بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد لان
تلك الوقفة لتمكنه من الصيد فكانت لتحقيق مقصود المرسل وهذه الوقفة تنافي مقصود المرسل
فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره حيث لا يضمن
المرسل وفي الارسال في الطريق يضمنه لان ارسال الدابة اذا لم يتبع الدابة وامكنه الاتباع يعد
صاحبه عرفا بخلاف الارسال للاصطياد فانه مباح لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب انما
يضمن اذا تعدى ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا
وشمالا وله طريق اخر لا يضمن لان سيرها مضافا اليها دون صاحبها ولو انفلتت الدابة
فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا يضمن صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم العجماء
جبار وهي المنفلتة ولان الفعل لم يضف اليه لانه لم يوجد منه ما يوجب النسبة اليه من الارسال
والسوق ونحوهما ومن فتح باب قفص فطار الطير او باب اصطبل فخرجت الدابة وهلكت
لا يضمن الفاتح لانه اعترض على السبب فعل فاعل مختار فلم يضف التلف اليه وقال محمد
يضمن لان طيران الطير هدر شرعا وكذا فعل كل بهيمة فانه جرح بلا اختيار فيصير كما
لو شق زقا فسال ما فيه قلنا فعل البهيمة لا يعتبر لايجاب حكم عليها او على صاحبها
واما لقطع الضمان فيعتبر كالدابة تجول بعد الارسال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها
ما نقصها لان المقصود اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع
القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا
بالشاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بمثل ما ذكرنا وهكذا قضى عمر
رضي الله عنه ولان الشاة لا تعمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالاماكن فيضمن النقصان

وعن بعير فاما ما عددناه من البهائم فهي عاملة كبني ادم ولكنها لا تعمل الا بغيرها فاشبهت
الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما
ولانها لا تعمل الا باربعة اعين عيناها وعينا من يستعملها فكانها ذات اربعة اعين
فيجب الربع بفوت احدها واذا سار الرجل على دابته في الطريق فنخسها رجل اخر او ضربها
فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون
الراكب بلغنا ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الناخس بمنزلة الدافع للدابة
الحامل لها على ما فعلت والراكب كالمدفوع مع الدابة بالنخس فاضيف فعل الدابة اليه
ولان الناخس متعد في تسببه والراكب غير متعد فيصير المتعدي حتى لو كان واقفا
دابته على الطريق كان الضمان على الراكب والناخس نصفان لكونه متعديا في الايقاف ايضا
وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه بنخسه وان القت الراكب
من تلك النخسة فقتلته فديته على عاقلة الناخس لانه في نخس الدابة مسبب لالقاء الراكب
وهو متعد في ذلك التسبب فيضمن ولو وثبت من نخسه على رجل فقتله او اوطأت رجلا فقتلته
او اوطات رجلا فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لانه متعد في التسبب فيجعل
كالمباشر في حكم الضمان والواقف في ملكه والذي يسير سواء وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
انه اذا اوطات رجلا فالدية على الراكب والناخس نصفان لانه انما تلف بثقل الراكب
ووطء الدابة فيضاف الى الناخس فيضمنان وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة
فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها لان الراكب له ولاية نخس الدابة وضربها
فاذا امر غيره بما يملك مباشرته جعل فعل المامور كفعل الامر ولو نخسها بغيره لم
يكن عليه في نخسها بالرجل والذنب لان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فهذا مثله
ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما اذا كانت
في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما فما حدث من ذلك يكون ضمانه
عليهما وهذا لان الناخس بمنزلة السائق للدابة باذن الراكب وضمان ما اوطات
على السائق والراكب نصفين فان قيل انه متى نخس باذنه ينبغي ان لا يضمن لانه لم

بين

بين متعديا بل صار نقل فعله الى الراكب قلنا اذنه انما نفع من حيث انه سوق لا من حيث انه
الذي فيقتصر عليه فكان متعديا فان قيل الراكب صاحب علة اذ الركوب علة للوطء والناخس
صاحب شرط في حق فعل الوطء واضافة الحكم الى العلة اولى من اضافته الى الشرط قلنا
انما نرجح العلة على الشرط اذا كان شرط تلك العلة فاما اذا كان شرط علة اخرى فلا
نرجح صاحب العلة الاخرى ان من جرح انسانا ثم سقط المجروح في بئر حفرها غيره على
الطريق فمات تجب الدية عليهما وان كان احدهما صاحب علة والاخر صاحب شرط لان الحفر
شرط علة اخرى دون الجرح وكذا هنا الركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه
العلة الى الركوب بل هو شرط السير او علة والسير علة الوطء فصار بمنزلة علة علة
العلة والحكم لا يمتنع اضافته الى علة العلة مع كونه مضافا الى حقيقة العلة فلهذا
تجب الدية على عاقلتهما ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما يضمن في الايطاء لانه فعل
بامره فيرجع بما لحقه من العهدة عليه وقيل لا يرجع وهو الاصح لانه لم يامره بالايطاء
والنخس ينفصل عنه والتلف انما حصل بالوطء وصار كما لو امر صبيا يستمسك على الدابة
لسيرها والايطاء منفصل عنه وكذا لو ناوله سلاحا فقتل به اخر حتى ضمن لا يرجع على
الامر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الوطء في فور النخس حتى لو نخسها فسارت ثم
قرب العاثر فاصابت في فورها انسانا فضمانه على الناخس لان الانعلات اثر فعل الناخس
وهو شرط التلف وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه وان كان الناخس
عبدا فالضمان في رقبته العبد يدفع او يفدى لانه كجنايته بيده وان كان الناخس
صبيا فهو كالرجل في ان ضمان الدية يجب على عاقلته لانه لو جنى بافعاله كالبالغ كذا
في شرح المبسوط وقوله في الهداية واذا كان صبيا ففي ماله يحتمل ان يراد به
اذا كانت الجناية على المال او فيما دون ارش الموضحة وان مرت الدابة بشيء قد
نصب في الطريق فنخسها ذلك الشيء فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء
لانه متعد في نصبه في الطريق وكان نخسه كنخس من نصبه والله تعالى اعلم بالصواب

باب جناية المملوك والجناية عليه

الاصل ان جناية المملوك وان كثرت لا توجب الا دفعا واحدا اذا كان محلا للدفع وان لم يكن
محلا للدفع لا توجب الا قيمة واحدة واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه بالخيار ان شاء دفعه
فيملكه ولي الجناية وان شاء فداه بالارش واصل عنده عندنا وقال الشافعي جنايته تكون
دينا في رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الخلاف في اتباع الجاني بعد العتق
فعندنا اذا اعتق المولى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء وعنده لا يطالب المولى بعد العتق
بل يطالب العبد والمسألة مختلفة بين الصحابة فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا وعن عمر
وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه له ان الاصل في ضمان الاتلاف ان يجب على المتلف لانه الجاني
الا ان العاقلة تتحمل عنه تخفيفا ولا عاقلة للعبد لانه لا يعقل بالولاء ولا قرابة بين العبد وسيده
فيجب في ذمته كالذمي لان ضمان الجناية في حق من لا عاقلة له يصير ضمان المال فيكون
واجبا في ذمته ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلا لمالية رقبته فيباع فيه الا ان يقضي المولى
دينه كما هذا ولنا ان المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني اذ الاصل في العمد
الا ان استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التمليك جبرا
والحر ليس اهلا ان تستحق نفسه عقوبة لا بطريق التمليك والعبد اهل ان تستحق نفسه
بالطريقين فيصير نفسه مستحقة للمجني عليه تخفيفا للصيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفداء
فيكون له ذلك لان مقصود المجني عليه يحصل به لوصول بدل المتلف اليه بكماله بخلاف المال
فانه لا يستحق به نفس المتلف بحال ولان الاصل في موجب جناية الخطأ ان يتباعد عن
الجاني لكونه معذورا وكون الخطأ موضوعا ويتعلق باقرب الناس اليه وهو العاقلة
تخفيفا على المخطئ ويتباعد عن الاجحاف به الا ان عاقلة العبد مولاه لان المملوك يستنصر بمولاه
ويزداد به قوة وجراءة كما ان الحر يستنصر بعاقلته والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى يجب على
اهل الديوان فيجب في ذمته حرزا له وصيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا
تعقل المال الا انه لا يلزمه حتما فربما لا يقدر على ذلك لانه واحد كالجاني بخلاف العاقلة لكثرتهم
فيخير بين الدفع والفداء تخفيفا وصيانة عن الاستئصال ثم الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح
حتى يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب ان كان له حق في النقل الى الفداء كما في مال الزكاة

بخلاف

بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر فانه لا
تسقط صدقة الفطر عن المولى بموته لانه لم يتعلق الاستيفاء به فان دفعه ملكه ولي الجناية اذ
المعنى بالدفع هو الدفع بجهة التمليك وان فداه بارشها لا حق فيه وكل ذلك يلزمه حالا
اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان لا يصح لانه للتحصيل والاعيان حاصلة واما الفداء
فلانه بدل عن العبد وان كان مقدرا بالمتلف حتى سمي فداء وكان حالا لان للبدل حكم المبدل
فايهما اختار وفعله لا شيء لولي الجناية اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا اوفاه
سلم العبد له فان لم يختر حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لان حقه متعلق برقبته وقد
فات فيبطل الحق لفوات محله كما مر وان مات بعدما اختار المولى لم يبرأ بموت العبد لان الحق
قد تحول من رقبته الى ذمة المولى فلا يبطل بموت العبد فان جنى بعد اخرى كان حكم الجناية
الثانية حكم الجناية الاولى كأنه لم يكن وهذا ابتداء جنايته وان جنى جنايتين قيل
للمولى اما ان تدفعه الى وليي الجنايتين يقتسمانه على ارش جنايتيهما واما ان تفديه بارش
كل واحد منهما لان تعلق الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة
الا يرى ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية به فحق ولي الجناية وهو ادنى اولى ان لا يمنع
وانما يقسم بينهما على قدر ارش جنايتيهما لان المستحق انما يستحق عوضا عما فات عليه فلا بد
ان يقسم على قدر المعوض وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع بقدر حصصهم
وان فداه فداه بجميع اروشهم لما بينا ولو قتل انسانا وفقأ عين آخر دفع العبد اليهما
لان الاستحقاق بقدر الحق وارش العين نصف ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج فيدفع
اليهم ويقسم بينهم بقدر جناياتهم وللمولى ان يفدي بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار
ما تعلق به حقه من العبد لان الحق لكل واحد في مقدار جنايته ولا يتعلق للبعض بالبعض
بخلاف العبد اذا قتل رجلا خطأ وله وليان فاختار المولى الفداء لاحدهما والدفع الى
الآخر بقدر حقه حيث لم يكن له ذلك لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة
والحق يجب للمقتول اولا ثم للوارث بطريق الخلافة عنه فلا يملك التفريق في الجناية المتحدة
بين موجبيها وهنا الجنايات مختلفة لاختلاف اسبابها وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية

ابيهم

ضمن الاول في قيمته وفي ارشها لانه فوت عليه الدفع فيضمنه وانما يضمن الاقل لان حقه في اقلهما
ولم يصر مختارا للفدا لان الاختيار بدون العلم لا يكون وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه
الارش لانه فوت الدفع باعتاقه فصار مختارا للفدا ضرورة الاقدام عليه وعلى هذا البيع
والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك يمنع الدفع لزوال الملك به وكذا لو كانت الجناية
فيما دون النفس فان كان يعلم بعد صار مختارا للارش وان كان لا يعلم فعليه الاقل والارش
وفي القيمة ولو قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فقتل يشاركه ذلك
فهو مختار للفدا اي يكون على المولى دية القتيل وقال زفر لا يصير مختارا وعليه قيمة
العبد لانه لا جناية وقت التعليق وبعد الجناية لم يوجد من المولى فعل يدل على الاختيار
فلا يلزمه حكم الاختيار ولكنه اتلف مالية العبد فعل تعلق حق المجني عليه فيلزمه القيمة
ولنا ان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوده وقد علق عتقه بالجناية فصار كما لو اعتقه
بعد الجناية ولهذا لو قال لامراته في صحته ان مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض فمات منه
فهي طالق ثلاثا وصار فارا كانه طلقها ثلاثا بعد المرض كذا لو قال لامراته ان دخلت
الدار فوالله لا اقربك صار موليا في وقت الدخول بخلاف ما لو علق الطلاق او العتاق
بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق فانه لا يحنث
في يمينه لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع منه اذ اليمين للمنع او الحمل فما لا يمكنه الامتناع
عنه لا يدخل تحته ولانه متى علق عتقه بالجناية مع علمه ان العتق محبوب العبد ويتسارع
الى تحصيل الشرط لينال محبوبه ويعجز عن الدفع عند ذلك يكون ذلك اختيارا للفدا منه ضرورة
فان كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص بان قال ان ضربته بالسيف فانت حر فلا شيء
على المولى لا القيمة ولا الدية لان الواجب هو القصاص على العبد وذا لا يختلف بالرق
والحرية فلم يصر المولى بالعتق مفوتا حق ولي الجناية ولهذا لا يلزمه شيء ولو اقر مولى الجناية
الجاني بعد العلم بالجناية ان العبد لفلان فهو اختيار للفدا عند زفر لان العبد كان ملكه
في الظاهر وقد استحقه باقراره فصار كما لو باعه منه وعندنا لا يكون مختارا لانه لم
يفت على صاحبه حق الدفع اليه لانه انكر انه المولى في الملك بطل اقراره وتحرير الدفع والفدا

ببقاء

لتناسه على ملكه وان صدقه واحله حبر المقر له بين الدفع والفدا لان الجناية في عبده ولو باعه بشرط
الخيار للمشتري فهو اختيار لان فوات الدفع يكون بزوال الملك البائع وقد وجد بالاجماع وان
اختلفوا في ثبوت الملك للمشتري ولو كان الخيار للبائع فنقض البيع لم يكن اختيارا لان الدفع
لم يفت ولو عرضه على البيع او اجاره او رهنه لم يكن اختيارا لان الدفع ممكن اما في العرض فظاهر
وكذا في غيره لفسخ الاجارة وفك الرهن وقال زفر هو اختيار للفدا لان هذه الاشياء دلالة
اختيار الامساك ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان زوال الملك متعلق به
ولو كاتبه كتابة فاسدة فهو مختار لنقض العقد لان موجب الكتابة الفاسد يثبت بنفس
العقد وكانت نظير البيع الفاسد يثبت بنفس العقد بعد القبض ولو باعه مولاه من المجني عليه
لاحد بغير عوض وهو متحقق في الهبة فوقعت موقع الدفع بخلاف البيع ولو امر المولى المجني
عليه بان يعتقه فاعتقه صار المولى مختارا ان كان عالما بالجناية لان فعل المامور مضاف
الى الامر ولو ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو يعلم بالجناية فهو مختار لانه حبس عنه جزءا
من العبد فصار كما لو حبس الكل وهذا لان حق ولي الجناية ثبت في كل جزء منه وهو لا يتمكن
التحري في الدفع بالجناية فامتناع الدفع في جزء منه كالامتناع في كله لان دفع الكل مع
حبس البعض لا يتصور فان كان لا يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الارش وان كانت امة وهي
بكر فوطئها فهو مختار وان لم يكن معلقا به لانه فوت جزءا حقيقة بخلاف التزويج لانه عيب
حكمي وبخلاف وطئ الثيب على ظاهر الرواية لانه لا يوجب تنقيص العين حقيقة وعن اعلاق
وعن ابي يوسف انه يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك وكان دليلا على امساك العين ولا
يصير مختارا بالاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط خيار الشرط ولا بالاذن
في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت عليه الدفع ولا يوجب نقصانا ولكن الرقبة
قد استحقت بحق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لولي الجناية ان يمنع
من قبوله ناقصا فاعتقه فيلزم المولى قيمته عبد قطع يد حر عمدا فدفع العبد اليه بقضاء
او بغير قضاء فاعتقه المدفوع اليه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه
رد العبد على سيده ويقال للاولياء اما ان تقتلوا واما ان تعفوا ووجهه انه

فهو مختار لكل ذلك بالوهم له لا في الجملة

اذا لم يعفه وسرى ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع عن المال اي عن ديته اليد اذ القصاص
لا يجري بين الحر والعبد في الطرف وبالسراية ظهر ان الدية عن واحد وان الواجب القود فكان
الصلح باطلا لان الصلح لابد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح
والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ المطلقة ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يسقط
في درء الحد فوجب القصاص واما اذا اعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد
بتصرفه تصحيحه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها وكان مصالحا عن الجناية وما
يحدث منها ابتداء على العبد بمقتضى الاقدام على الاعتاق والمولى ايضا مصالح معه عن ذلك لانه
اذا كان مصالحا على العبد فلان يكون مصالحا معه على العبد عن الجناية وما يحدث منها اولى
فانعقد بينهما صلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء بمقتضى الاعتاق واذا لم يعتقه لم يوجد الصلح
ابتداء لانه لم يوجد دلالة الصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد على المولى وللاولياء القتل او العفو
وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالحه المقطوع يده على عبد ودفعه
اليه فاعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه
وقيل للاولياء اما ان تقتلوا واما ان تعفوا فانعكس الجواب ولخلف السؤال فان قيل
ان بطل الدفع في الوضع الاول والصلح في الوضع الثاني بالسراية فلم لا يورث الصورة الظاهرة
شبهة في درء القود قلنا الدفع ليس بتصرف مبتدأ بل تسليم الجواب فاذا بطل الجواب
بطل التسليم اصلا فلا يبقى ما يصلح شبهة في حق القود واما مسألة الصلح فمشكل على قول ابي حنيفة
فانه اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات يجب الا يجب القصاص ثم وههنا قال يجب
فيحتمل ما ذكر ههنا جواب القياس وما ذكر في مسألة العفو جواب الاستحسان فيكون الروايتان
على القياس والاستحسان وقيل ان بينهما فرقا ووجهه ان الصلح عن الجناية على مال
تقرير الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية على مال استيفاء للجناية معنى لانه استيفاء
بدلها واذا بقيت الجناية يتوفر عليها العقوبة وهو القصاص واما العفو فهو معدوم للجناية
والعفو عن القطع وان بطل بالسراية الى النفس ولكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو اذ الصورة
تعمل عمل الحقيقة في درء العقوبات واذا جنى العبد المأذون المديون جناية خطأ فاعتقه

ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما
مضمون بكل القيمة على الانفراد لان حق ولي الجناية في نفس العبد بان يدفع العبد اليهم
وحق رب الدين في سعة بدنه وكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة
الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف ولو قتل او حفر هذا
العبد خطأ لا يجب الا قيمة واحدة للمالك ثم يدفعها المولى الى الغرماء لان ملكه في رقبته
باق والبدل له ايضا فيضمن الاجنبي للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر في حق الغرماء بالنسبة
الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كان ليس فيه حق ثم الغريم احق بتلك القيمة لان
القيمة مالية العبد والغريم مقدم على المولى فيها لان الواجب ان يدفع اليهم ثم يباع له
وكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى بدل الية وفي الفصل الاول تعارض بين الحقين
والحقان متنوبان فيظهر ان فيضمنهما ماذونة مديونة ولدت يباع معها ولدها في الدين
وان جنت جناية ثم ولدت ولدا لم يدفع ولدها والفرق ان الدين متعلق برقبتها
لان الدين عليها وهو وصف حكمي فيها فيسري الى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة
في الامهات تسري الى الاولاد كالملك والرق واما الدفع بالجناية فواجب في ذمة المولى
لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبة الجناية خالية
عن حق ولي الجناية فكذلك لم يجب القول بالسراية واذا كان لرجل عبد زعم رجل ان مولاه
اعتقه ثم ان هذا العبد قتل وليا لهذا الزاعم خطأ لا شيء له لانه لما زعم ان مولاه
اعتقه فقد ادعى ديته على عاقلته وابرأ العبد والمولى فلزمه ما اقر به ولم يصدق في على العاقلة
بلا حجة عبد اعتق فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال ذلك الرجل قتلته وانت حر
فالقول للعبد بالاجماع وكذا لو قال لعبد اعتقه اخذت مالك او قطعت يدك
وانا عبدك وقال السيد لا بل فعلت بعد العتق فالقول للعبد بالاجماع لانه انكر وجوب
الضمان لما اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان وهذا لان الوجوب في جناية العبد
على المولى دفعا او فداء ولا يتصور وجوب الضمان في قتل الخطأ على العبد في حال رقه بحال
ولو قال لحربي اسلم او لمعتقه اخذت مالك او قطعت يدك وانت حربي او عبدي فقال

المنزل لكنه شلا او مقتعا جسده فالقول للمنزل ويصير المنزل عبدا الى جعفر وابى يوسف وقال
محمد القول للمنزل ولا يجبر الاستنابة بقيمة يوم يرده الى المنزل وهذا لانه منكر الضمان لاسناد
الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان وكان القول له كما في الوطى والغلة بان قال لمعتقه وطيتك
واخذت منك كذا من الغلة وانت امتى فقالت لا بل فعلت ذلك بعد العتق فالقول قول المولى
ولا يضمن كذا هنا بخلاف الشى القايم في يد المنزل لانه متى انه اخذه منه فقد اقر به ثم ادعى
التملك عليه وهو منكر وكان القول للمنكر ولهذا امر بالرد ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو
الاخذ او القطع ولم يسنده الى حالة تنافي الضمان لا محالة لان وطع يد عبده او اخذ
ماله يسبب الضمان على المولى في الجملة بان قطع يده في حالة الرهن او اخذ ماله حال كونه مديونا
وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بل صار مدعيا براءة نفسه عن الضمان بعد الاقرار بسبب
الضمان فلا يصدق الا بحجة كما في مسئلة العبد كما مر بخلاف الوطي والغلة لان ذلك لا يضمن في حالة
الرق بحال فان وطي المولى امته المديونة او المرهونة لا يوجب العقر لان حق الغرماء لم يتعلق بمنافع بضعها
لانها ليست بمال وكذا اخذ غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحط الاسناد الى حالة
معهودة منافية للضمان فكان منكرا بالاسناد اليها الوكيل المفرد اذا قال بعته قبل العزل وسلمته
وقال الموكل لا بل بعته وسلمته بعد العزل يكون القول للوكيل وكذا الوصي اذا قال بعد بلوغ الصبي
انفقت عليك من مالك نفقة المثل وقال الصبي لا بل استهلكت مالي فالقول للوصي لما قلنا ولو قال البالغ
العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او مجنون وجنونه معهود كان القول قوله لما بينا ولو قال فقأت
عينك اليمنى وعيني يلك صحيحة ثم ذهبت وسقط القود وقال المنزل بل فقأت عيني وعينك
ذاهبة ولي عليك الارش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقي الارش لان الفقء حصل مضمونا لسبب ضمانه
الا ان الفاقي يدعي البراءة وخصمه منكر فكان القول قوله ولو اشترى عبدا وقبضه فقال رجل قطعت
يده قبل شرائك وقال المشتري قطعته بعد شراي فالقول للمشتري لان العبد يكل اطرافه له فكان
ضمان طرفه له وكان الظاهر شاهد له وقد اقر بوصول الضمان على نفسه فلا يصدق في التحويل على البائع
رجل امر صبيا خرا بقتل رجل ففعله فديته على عاقلة الصبي لانه مباشر لوجود المباشرة منه عمدا
وخطاء سوى العصور في عمله وقتله ثم عاقلة الصبي يرجعون على عاقلة الامر ما عقلوه لوجود السبب

ح

اقرع

ر الامر بوصف التعدي اذ لولا امره لما تجاسر الصبي على القتل لضعف قلبه وكذا لو كان الامر عبدا
محجورا او صبيا مكاتبا وهو صغير او كبير لانه لا رجوع على الصبي الامر ابدا لقصور الاهلية ويرجعون
على العبد الامر بعد عتقه لكمال الاهلية وعلى المكاتب بالاقل من قيمته ومن الارش لان هذا
جناية المكاتب كما لو كان المامور ههنا عبدا محجورا ولو كانا محجورين خوطب سيد القاتل بالدفع
او الفدا ورجع بعد العتق لا في الحال لان للامر قول وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ
في الحال ولكن يؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى وانما يرجع بعد العتق
لزوال المانع وهو حق المولى وانما يرجع بعد العتق بالاقل من الفدا وقيمة العبد لانه مختار في
دفع الزائد لا مضطر ولهذا لو كان الامر كبيرا فان كان صغيرا لا يؤاخذ بعد العتق ابدا لان
قول الصغير غير ملزم بحال وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا لو كان عمدا والعبد القاتل صغير
لان عمده خطاء فان كان كبيرا يجب القصاص ولو كان الامر والمامور مكاتبا يجب الضمان
على القاتل ولا يرجع على الامر ولو كانا ماذونين رجع بالاقل لان هذا ضمان غصب
وهو كضمان التجارة لانه يملك المضمون باداء الضمان والماذون يؤاخذ بضمان التجارات
وفي المكاتب تعذر ان يجعل ضمان غصب لانه حر وذوحه فلا يكون محلا للغصب عبد
قتل رجلين عمدا لكل واحد منهما وليان فعفى احد ولي كل واحد منهما فالمولى يدفع
نصفه الى الاخرين او يفديه بعشرة الالف درهم لان الرقبة محل القود صارت بينهم لكل واحد
ربعه فاذا عفى اثنان بطل حقهما وبقي حق الاخرين في النصف ولهذا يحل له الدفع نصفه
واما الفدا فقد كان بعشرين الفا فلما عفى اثنان بطل حقهما وبقي حق كل واحد من الباقين
في خمسة الالف فلهذا فداه بعشرة الالف ان شاء فان قتل احدهما عمدا والاخر خطاء
فعفى احد ولي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا عشرة الالف لولي الخطا وخمسة الالف
لاحد ولي العمد الذي لم يعف لان نصفه بطل بالعفو وبقي النصف وصار مالا فيكون خمسة الالف
ولم يبطل شيء من حقوق ولي الخطا وكان حقهما في كل الدية عشرة الالف وان دفعه دفعه اليهم
اثلاثا لولي الخطا ثلثاه وثلثه للذي لم يعف من ولي العمد عند ابي حنيفة بطريق العول وضرب
هذان بالكل وذا بالنصف لان حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف سهما فصار

الامر

عمدا واحد [illegible]

حق ولي الخطاء في سهمين وحق غير الجاني في سهم فيقسم بينهما اثلاثاً وعندهما يقسم ارباعاً بطريق
المنازعة ثلاثة ارباعه لولي الخطا وربعه لاحد ولي العمد لان النصف سلم لولي الخطا بلا
منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعاً كالمدبر اذا
لو قتل مدبر رجلين احدهما خطاء وللاخر عمداً وللعمد وليان فعفى احدهما بطل نصيبه
وانقلب نصيب الاخر مالا فدفع المولى قيمته عنده تقسم ارباعاً عولاً وعندهما ارباعاً بطريق
المنازعة وكالغرماء اي اذا اجتمعت الديون المتفاوتة في التركة وضاقت عن الوفاء تقسم
التركة بين ارباب الديون اثلاثاً بطريق العول اجماعاً حتى لو مات رجل وترك الفا ولرجل
عليه الف وللاخر عليه الفان فالالف المتروك يقسم بينهما بطريق العول والورثة والوصية
بثلث وربع ولا اجازة والعتاية والمحاباة والوصية بالف مرسل والعين بالقسمة في هذه
المسائل عولية اجماعاً وما ذون لها اداية احدها الفا واخرى الفا فيبيع بالف او مات وترك
الفا وعنده عولية وعندهما نزاعية عبد او مدبر قتل حراً خطاء ورجلاً عمداً اخر ودفع
العبد او قيمة المدبر فيما يقسم عندهم بينهما اثلاثاً عولاً وام ولد قتلت سيدها ورجلاً
اخر عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفى احد وليي كل واحد معاً سقط نصيب
العافيين اصلاً وانقلب نصيب غير العافيين مالاً ويسعى في نصف قيمتها لغير العافيين فان
عفى احد وليي المولى اولاً ثم عفى احد وليي الاجنبي او بالعكس سعت في ثلاثة ارباع قيمتها اولاً
في اربعة واثنى عشر ولشريك العافي الثاني في خمسة من اثنى عشر وسلم لها ثلاثة وهذا
لانه اذا عفى احدهما قبل صاحبه انقلب نصيب شريكه مالاً وهو نصف القيمة لان حق
كل واحد وارث في نصف القصاص فاذا انقلب مالاً كان حقه في نصف القيمة لان
حق كل مستحق في كل القصاص وكان حق كل واحد وارث في نصف القصاص فاذا انقلب مالاً
كان حقه في نصف القيمة فلو انتقص عن ذلك فانما ينتقص بحكم المزاحمة ولا مزاحمة هنا
لان حق الاخرين في القصاص فلهما ان يقتلاها فلما عفى احدهما ايضاً بطل نصيبه
وانقلب نصيب شريكه مالاً وحقه في نصف القيمة شائعاً فيكون نصفه في النصف
الفارغ والعسر ونصفه في النصف المشغول منهما فيكون بينهما على قدر حقيهما فلهذا كان

عليها

عليها ثلاثة ارباع فتمت ثلاثة ارباع اختلفوا في كيفية قسمة ثلاثة الارباع فقال ابو حنيفة يقسم بطريق
العول ووجهه ان يقول اجتمع في النصف المشغول حقان حق شريك العافي اولاً وهو في جميع
ذلك النصف وهو الربع فيقسم ذلك النصف بينهما بطريق الضرب على ثلاثة اسهم فيحتاج الى
حساب له ربع ونصف ولنصفه ثلث واقله اثنى عشر فربعه ثلاثة سالم لام الولد وربع اخر
لشريك العافي اخراً بقي ستة ثلثه وهو اثنان لشريك العافي اخراً فصار له خمسة وثلثا النصف
وذلك اربعة لشريك العافي اولاً وذلك سدسان وقالا بطريق المنازعة والمسألة من ثمانية
لانا نحتاج الى حساب يقسم ربعه نصفين واقله ثمانية سلم لها ربعه وهو اثنان وربع اخر
سلم لشريك العافي اخراً بلا منازع وربع اخر لشريك العافي اولاً بلا منازعة بقي ربع بينهما
فيكون بينهما نصفين فصار لكل واحد ثلاثة اثمان القيمة ولها ربع القيمة وهو ثمانان
لا نزاعاً كالفضولي باع داراً من رجل ونصفها من اخر واجيز البيعان فالقسمة نزاعية
عنده ثلاثة ارباعها لمشتري الكل وربعها لمشتري النصف ومستثنى البيع بان
اوصى لرجل بسيف قيمته مائة ولاخر بسدس ماله وله خمسمائة سوى السيف فلصاحب
السدس سدس خمسمائة ولصاحب السيف خمسة اسداس السيف وسدس السيف بين صاحب
السيف وبين صاحب السدس نصفان عنده لانه اجتمع في السيف وصيتان وصية بكل السيف
ووصية بسدسه والقسمة عنده نزاعية فجعلنا السيف على ستة لحاجتنا الى السدس ولا
منازعة لصاحب السدس في السيف فيما وراء السدس فسلم خمسة اسداس السيف للموصى له به
بلا منازعة فبقي سهم واستوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين فصار السيف على اثنى عشر
سهماً لصاحب السيف وسهم لصاحب السدس واذا صار السيف وقيمته مائة على اثنى عشر
صار خمسمائة على ستين فيكون لصاحب السدس منه السدس وذلك عشرة اسهم وصار
كل المال اثنين وسبعين وقد نفذنا الوصية في اثنين وعشرين لكل واحد منهما احد عشر سهماً
وهو اقل من الثلث لان الثلث اربعة وعشرون وعندهما عولية فيضرب صاحب السيف
بكل السيف وصاحب السدس بسدس السيف فينقسم على سبعة واذا صار السيف وقيمته
مائة على سبعة صارت خمسمائة على خمسة وثلاثين فكل مائة سبعة وليس لخمسه ولا سدس صحاح

فاضرب كل المال وذلك اثنان واربعون في ستة فيصير مايتين واثنين وخمسين السيف وذلك اثنان
واربعون لصاحب السدس سبعة وستة والباقي لصاحب السيف وهو ستة وثلاثون وباقي المال
مايتين وعشر فللموصى له بالسدس سدسه وهو خمسة وثلاثون فصارت سهام الوصايا تسعة وسبعين
وهو اقل من ثلث المال لان ثلث المال اربعة وثمانون واذا كان كذلك فلا عبرة للاجازة وعدمها
وان كان اوصى مع هذا بثلث المال لاخر فقد اجتمع في السيف ثلاث وصايا وصية بالكل ووصية
بالثلث ووصية بالسدس والقسمة عنده بطريق المنازعة ولا نزاع لصاحب السدس والثلث فيما زاد
على الثلث وهو اربعة اثلاث السيف فيسلم لصاحب السيف وثلث السيف سهمان ولا منازعة
لصاحب السدس فيما زاد على السدس ايضا ولصاحب الثلث فيه منازعة فيقسم ذلك الثلث
بين صاحب السيف وصاحب الثلث نصفين فصار السدس على سهمين وجميع السيف على
اثني عشر ضرورة التضعيف في السدس وذلك سهمان واثنان تنازعهم فيه فيقسم
بينهم اثلاثا وليس للسهمين ثلث صحيح فيضرب اصل المال وهو اثنا عشر في ثلاثة فيصير ستة
وثلاثين ثلثاه لصاحب السيف وهو اربعة وعشرون وسدسه ستة بين صاحب الثلث
وصاحب السيف نصفين لكل واحد منهما ثلاثة والسدس الباقي وهو ستة بينهم اثلاثا
لكل واحد منهم سهمان فحصل لصاحب السدس سهمان ولصاحب الثلث خمسة ولصاحب
السيف تسعة وعشرون واذا صار السيف وقيمته مائة على ستة وثلاثين صار كل مائة
من حسابه على ستة وثلاثين فصار خمسمائة وثمانين لصاحب الثلث ثلثه وستون
ولصاحب السدس سدسه ثلاثون فحصلت سهام الوصايا مائة وستة وعشرون
وكل المال مائتان وستة عشر فكانت سهام الوصايا اكثر من الثلث وان اجازت
فيقسم كذلك فان لم تجز واجعل الثلث على قدر سهام الوصايا وذلك مائة وستة وعشرون
وكل المال ثلاث مائة وثمانية وسبعون وثلثا المال مائتان واثنان وخمسون والسيف
سدسه فيكون ثلاثة وستون فندفع اليهم جميعا من الثلث ما كان ندفع عند الاجازة من كل
المال وقد دفعنا الى صاحب السدس من السيف سهمين فندفع الان كذلك ويكون المبلغ
ستة وثلاثين وحظ الورثة من السيف سبعة وعشرون وعددها عول فيضرب صاحب السيف

لكله وصاحب الثلث بثلثه السيف وصاحب السدس بسدس السيف والسيف ستة
اسهم فيصير القسمة على تسعة اسهم واذا صار السيف على تسعة اسهم صار كل مائة من حسابه
على تسعة فيصير خمسة واربعين لصاحب الثلث ثلثه خمسة عشر ولصاحب السدس سدسه
سبعة ونصف فانكسر بالنصف فضعف فيحصل على تسعين ونصرح كل واحد منهما ضعف
ما كان فيصير لصاحب السيف اثنا عشر ولصاحب الثلث اربعة من السيف ولصاحب السدس
سهمان من السيف ولصاحب الثلث من باقي المال ثلاثون ولصاحب السدس خمسة عشر فبلغت
سهام الوصايا ثلاثة وستين وكل المال مائة وثمانين فزادت سهام الوصايا على الثلث
فان اجازت الورثة فلهم ذلك وان لم تجز واجعل ثلث المال على قدر الوصايا هكذا اذ ذكر عنهما
والوصايا بثلث وسدس لان السيف سدس فيجعل كل سدس منها لان السدس اقل
وصارت ثلث المال اربعة اسهم وكل المال اثنا عشر سهما من الثلث لصاحب السيف كله
في السيف وسهم لصاحب السدس سدسه في السيف وخمسة اسداسه في باقي المال وسهمان
لصاحب الثلث سدس سهمان في السيف والباقي في خمسة اسداسه في باقي المال فانكسر السهام
بالاسداس فاضرب اصل المال وذلك اثنا عشر في ستة فصار اثنين وسبعين ثلثه اربعة وعشرون
كان لصاحب السيف سهم ضربناه في ستة فصار ستة كله في السيف وكان لصاحب الثلث سهمان
ضربناه في ستة فصار اثنا عشر سدسه في السيف وذلك سهمان والباقي عشرة في باقي المال
وكان لصاحب السدس سهم ضربناه في ستة سدسه في السيف والباقي وذلك خمسة في باقي المال
فبلغت سهام الوصايا اربعة وعشرين وثلث المال اربعة وعشرون تسعة من هذه الاربعة
والعشرين في السيف وهو اثنا عشر وربعه وهو ثلثه للورثة ونصفه وهو ستة لصاحب السيف
وسدسه وهو سهمان لصاحب الثلث ونصف سدسه وهو سهم لصاحب السدس ولما
مثلنا الدار بعد من تأتي الدعوى والوصية لواحد بعينه والاخر بنصفه وهو يخرج من
الثلث او لا يخرج واجاز الورثة فالقسمة بينهما ارباعا بطريق المنازعة عنده وعندهما
اثلاثا بطريق العول والوصية بكل المال لرجل وبنصفه لاخر واجازت الورثة فالمال يقسم
بينهما ارباعا بطريق العول والاصل عندهما ان الحقوق متى تنشأ على الشيوع في وقت واحد

خمسة عشر ١٢٠

الثلث الى الخمسة واربعين وخمسة

على قدر سهام الوصايا

من ذلك

فصار ستة

بعيد

المنازعة عنده وعندهما اثلاثا بطريق العول

ملك

فالقسمة عولية وان ثبتا على وجه التمييز او في وقتين مختلفين فالقسمة منازعة وهذا لان المال
يابى القسمة بطريق العول لان تفسيره ان يضرب كل واحد منهما بجميع حقه احدهما بنصف المال
والاخر بكله والمال الواحد لا يكون له كل ونصف وانما ترك القياس في الميراث باجماع الصحابة
فيلحق به ما كان في معناه وفي الميراث حقوق الكل ثبت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو
حالة الموت فكانت في معنى الميراث وكذا في العبد او المدبر اذا فقأ عيني انسان وقتل اخر
خطأ حق اصحاب الجناية في عين العبد او قيمة المدبر ثبت في وقت واحد وهو وقت دفع العبد
او قيمة المدبر وكذا في دعوى الدار الحق انما ثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد فكان في معنى
الميراث وفي مسئلة بيع الفضولي وقت ثبوت الحق مختلف لان الملك ثبت عند الاجازة
مستندا الى وقت العقد ووقت العقد مختلف وفي الاداية الحق ثبت بالاداية ووقت
الاداية مختلف وفي العبد او المدبر اذا قتل رجلا خطأ ورجلا عمدا وللمقتول عمدا وليان
فعفا احدهما واختار المولى الدفع فوقت ثبوت الحق مختلف لان حق الذي كان من ولي الدم
في القود ووجوب البدل مضاف الى سببه الاصل وهو القتل فكان وقت ثبوته حين القتل
اما في فصل قتل الخطأ وفقأ العين بلا تعيين وقت القتل لان حقهما كان مالا في الابتداء
الا ان هذا المال لا يملك قبل الدفع فيعتبر وقت الدفع وفي جناية ام الولد وجوب الدية
للذي لم يعفه مضاف الى القتل لما قلنا والقتلان وجدا في وقتين مختلفين فكانت القسمة
منازعة عندهما والاصل عنده ان قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة او لحق ثابت في العين
على وجه الشيوع لكل واحد في البعض فالقسمة عولية ومتى وجبت القسمة في العين لحقوق ثابتة
على وجه التمييز او كان حق احدهما في البعض الشائع وللاخر في الكل فالقسمة منازعة وهذا لان
الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة لانه ما من جزء الا وفيه حق احدهما الا وللاخر
ان يزاحمه والاصل في قسمة العول الارث كما قلنا وثم حق كل واحد منهم ثبت في البعض
الشائع اما اذا ثبت الحقان على وجه التمييز فلم يكن في معنى الميراث وكذا اذا كان حق احدهما
في البعض الشائع وحق الاخر في الكل لانه لم يكن في معنى الميراث وفي مسائل العول القسمة انما
وجبت لحق ثابت في الذمة لان حق كل واحد منهما في موجب الجناية وموجب الجناية يكون في الذمة

الاترى

وكانت القسمة عولية وعلى تخريج المسائل ولو كان لام الولد ولد من سيدها لا قصاص عليها
لان الولد ملك شيئا من القصاص وليس له ان يقتل امه قصاصا فانقلب الكل مالا لانه لا
يتجزى ويجب عليها القيمة ويقسم بالاخر فيتهما فلم يوجد لاداء السعاية لانه لو وجب
التاخير لا يسعى ابدا فان عفا احد وليي الاجنبي سقط حقه وصار حظ شريكه مالا ووقعت
في قيمة واحدة لولي المولى واحد وليي الاجنبي اثلاثا عنده عولا وارباعا عندهما منازعة
ولو عفا احد وليي الاجنبي بعدما دفعت القيمة الى ورثة المولى بلا قضاء فله الخيار ان شاء
شارك الورثة في ذلك وان شاء رجع عليها ثم هي ترجع الى الورثة بذلك وان دفعت بقضاء
فلا سبيل لولي الاجنبي عليها لانه لا يجب عليها الا قيمة واحدة لما مر وقد ادت بقضاء فبرئت
ذمتها عن الجناية وان دفعت القيمة الى ورثة المولى بعد عفو الاجنبي لا يجب واذا لم يجب
القضاء ههنا فلان لا يجب قبلها بلا قضاء اولى والمدبر مثل ام الولد في حكم الجناية عبد قتل
سيده واخر عمدا ولكل وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما معا بطل حق سيده وجعل عفو
احدهما كعفوهما عند ابي حنيفة ومحمد لان العبد قبل القسمة مبقى على حكم ملك الميت ولو صار
نصيب الشريك مالا لوجب على العبد حكم جنايته لمولاه وانه لا يجوز بخلاف المدبر وام الولد
لانهما يعتقان لموت المولى فلا يؤدي الى هذا واذا بطل حق وليي المولى عن العبد في نصفه
وسقط حق العافي من وليي الاجنبي في ربع العبد ابقى حق من لم يعف من وليي الاجنبي
في الربع فيقال لولي المولى ادفعا ربع العبد الى من لم يعف من وليي الاجنبي او افدياه
بنصف الدية لان حقه في نصف القصاص وانما صار له ربع العبد بحكم المزاحمة [illegible]
في الدية لانها في الذمة وفي الذمة سعة فافترقا وعند ابي يوسف لا يجعل عفو احد ولي
المولى كعفوهما فيقال لهما ادفعا الى غير العافي من وليي الاجنبي ربع العبد او افدياه
بنصف الدية لما بينا فان دفعا يقال للعافي من وليي المولى [illegible] في الربع وصار
مالا عند ان نصفه وهو الثمن وقع في نصيبه [illegible] وهو الثمن وقع في نصيب
شريكه فادفع ثمن العبد الى الاجنبي او افده بربع الدية وان عفا احد وليي المولى اولا ثم عفا
احد وليي الاجنبي او على العكس من هذا فعندهما لما كان عفو احدهما كعفوهما بطل حقهما في

القصاص فيقال لولي المولى ادفعا نصف العبد او افدياه بنصف الدية اما اذا عفى احد ولي المولى
اولا فلانه بطل دم المولى عندها فبقي حق الاجنبي بكل القصاص فاذا عفى احد ولي الاجنبي انقلب
نصيب صاحبه وهو نصف القصاص مالا فيقال لورثة المولى ادفعا اليه نصف العبد او افدياه
بنصف الدية واما اذا عفى احد ولي الاجنبي اولا فلانه استحق صاحبه ايضا نصف العبد لان
حق ورثة المولى باق في القصاص ولا مزاحمة بين المال والقصاص وهذا بخلاف العفو معا
لانه ثم وجب المال لهما حال قيام المزاحمة وكان حق غير العافي و ولي الاجنبي في الربع اما هنا
فبخلافه عبد بين رجلين قتل قريبا لهما عمدا فعفا احدهما عنه بطل الدم كله عند ابي حنيفة
وقالا يدفع العافي نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول
محمد مع ابي حنيفة وقالا يدفع العافي والاشهر انه مع ابي يوسف ولو قتل عبد مولاه عمدا
وله ابنان فعفا احدهما بطل الدم كله عند ابي حنيفة ومحمد وقول ابي يوسف هنا كقولهما
ثم لابي يوسف ان نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه
في ملك صاحبه فما اصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وما اصاب ملك نفسه سقط ولهما
ان القصاص واجب لكل واحد منهما في النصف من غير تعيين فاذا انقلب مالا احتمل الوجوب في كل وجه
بان يعتبر متعلقا بنصيب صاحبه واحتمل السقوط في كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيب نفسه
واحتمل التنصيف بان يعتبر متعلقا بهما شائعا فلا يجب المال بالشك والاحتمال

فصل ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته ولا يزاد على عشرة الاف فان كانت
قيمته عشرة الاف او اكثر يقضى له بعشرة الاف الا عشرة دراهم وفي الامة اذا زادت
قيمتها على الدية يقضى بخمسة الاف الا عشرة في ظاهر الرواية وفي رواية الا خمسة وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع
لهما ان المتلف مال فيجب ضمان قيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال وكما في قليل القيمة
وكالغصب وهذا لان الضمان يجب للمولى وهو لا يملكه الا من حيث المالية فالضمان الواجب له
يكون ضمان المال ضرورة ولان ضمان المال بالمال اصل وضمان ما ليس بمال بالمال بخلاف الاصل
ومهما امكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه على خلاف القياس ولهذا

اذا

اذا قتل المبيع قبل القبض بقي البيع ببقاء القيمة وانما يبقى البيع اذا فات المعقود عليه
واخلف بدلا فلو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقي العقد باعتباره لان البيع يتناول المالية
ولهما قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية جعل الواجب بمقابلته دية والدية بدل الآدمي
وذا الاثر دال على عشرة الالف درهم كدية الحر وقول ابن مسعود رضي الله عنه لا يبلغ
بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان المقادير
لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي ولان فيه معنى المالية لما بينا
ومعنى الآدمية ايضا لان قيام المالية بالنفس ولهذا تزول مع قيام النفس والآدمية اسبق
لان المالية تعارض الرق بواسطة الاستنكاف وكان اعتبارها ما هو الاصل لايجاب الضمان
بمقابلته اولى ولهذا اوجب القصاص في العمد والقصاص لا يجب باتلاف المال والمتلف في حال
الخطأ ما هو المتلف في حال العمد فعلم انه مضمون بكونه آدميا وضمان الغصب مقابل
بالمالية لان الغصب انما يرد على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة ولهذا يبقى بعد قتله عمدا وان لم
يكن القود بدلا عن المالية اجماعا فكذا في الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية
لا بمقابلة المالية الا انه غير مقدر لان القياس يقتضي ان لا تكون الدية مقدرة بل تختلف
باختلاف منافع المحال كالغنم وانما قدرناها في الاحرار بالنصوص والنص الوارد في الاحرار
لا يكون واردا في العبيد لنقصان حالهم عن الاحرار فقدرناه بقيمته وفي ايجاب كثير
القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الالف ولا يجد عبدا الا وفي الاحرار من هو افضل منه
فوجب الحط عن ديته لتنحط رتبته عن الاحرار وقدر ذلك بعشرة دراهم لما روينا عن ابن
مسعود رضي الله عنه ولانه ادنى مال له خطر في الشرع ولهذا استحق به الطرف والبضع
وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر لانها
بدل الدم ففي يد العبد نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب الاول في رواية
عن محمد رحمه الله يجب في قطع يد العبد خمسة الالف كذا في المبسوط لمحمد ان اليد من الآدمي
نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا القدر لتنحط رتبته ووجه الظاهر ان المعتبر فيه
المالية فقط ولهذا لا يجب بالقصاص والكفارة ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى

مر تقريره في اوايل الجنايات ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا فبين العتق في احدهما فارشهما
للسيد لان العتق اضيف الى احدهما فلم يكن نازلا في المعين والشجة تصادف المعين فيجب ارش العبدين
ووجب ارشهما للمولى ولو قتلهما رجل واحد تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشا
من وجه واظهار من وجه لما مر وقبل الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشا في حقهما
وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا واحدهما حر بيقين فصار قاتلا
لحر وعبد فلزمه دية حر وقيمة عبد وجميعه ان العتق يلاقي محل العتق واما الطرف
فليس بمحل للعتق وانما يثبت فيه حكمه تبعا فلا يتبدل ثبوته في العين من كل وجه وصار
متحرجا على حكم الرق وهذا بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل فانه تجب قيمة العبدين
لان كل واحد منهما ينكر قتل الحر وقطع عيني عبد فان شا المولى اخذ من الجاني ارش قيمة العبد
واعطاه العبد وان شا امسكه ولا شي له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شا اخذ
قيمته واعطاه رقبته وان شا امسكه وضمنه ما نقصه وقال الشافعي يمسكه وياخذ
كل القيمة لان الواجب ضمان العينين الفائتين وقد ضمنهما بكل القيمة فيبقى الباقي
على ملكه كما لو فقا عيني حر فانه ياخذ كل الدية وجثته له وكما لو قطع احدى يديه او
فقا احدى عينيه فانه يضمن نصف القيمة ويبقى الباقي على ملكه ولنا ان الواجب
قيمة كل النفس لان فقا العينين اتلاف للنفس معنى بتفويت جنس المنفعة ولهذا يتعدد
مالية العبد فوجب ان يزول عن ملكه تحقيقا للمبادلة اذ هو قابل للنقل كيلا يجتمع
البدل والمبدل في ملك رجل واحد بخلاف ما لو فقا عيني حر لانه لا مالية فيه وههنا
المالية قائمة في الذات والاطراف لان اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه ساقط
بخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا احدى
العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان العبد في حكم الجناية على اطرافه بمنزلة
المال حتى لا يتعلق القود بالجناية على اطرافه بحال ولا يتحمله العاقلة ويجب بالغا ما بلغ
وفي الجناية على المال يعتبر المالك الخيار كما لو خرق ثوب غيره خرقا فاحشا او قطع بعض
قوايم دابة غيره فان للمالك الخيار بين ان يضمنه كل القيمة ويسلم العين اليه وبين ان
يمسكه

يمسكه ويضمنه النقصان ولـه ان العبد مال من وجه ادمي من وجه لما مر فالجناية على
طرفه من وجه بمنزلة الجناية على المال ومن وجه بمنزلة الجناية على الادمي ولهذا يجب جميع
بدل النفس في قطع يدي عبد يؤمر المولى بالدفع او الفدا وهذا من احكام الادمية
اذ موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيه ثم من احكام الادمية ان يتوزع كما في
بدل النفس على النفس والطرف الغائب ولا يتملك الجثة بل يكون بازا الغائب فقط
كما في فقء عيني الحر ومن احكام المالية ان يتوزع ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما
من الحكم فقلنا عملا انه وجب بالجناية على الادمي لا يتوزع وعملا انه بدل مال لم يملك
له ان ياخذ كل بدل العين مع امساك ما يقابله ومن شرط استيفا كل هذا الضمان ان تزيل
الجثة عن ملكه ليكون قولا بالشبهين ولو قال لعبديه احدكما حر فقتل احدهما رجلا خطا
ثم عين الجاني للعتق صار مختارا للفدا لان له حكم الانشا وقد امكنه الاختيار بتعيين
الاخر ولو عين غيره تخير في دفع الجاني او الفدا ولو جنى على ابنها بعد عتقها لم يصر مختارا
للفدا لانه لا يملكه الاختيار عنه ولزمه قيمته من عتق وان مات المولى قبل البيان
شاع العتق فيهما وتلزمه قيمته ان جنى احدهما او قيمتاه لو جنيا ولو جنى احدهما ثم هو
يعلم ثم مات لزمه الفدا غير ان قدر القيمة يعتبر من كل المال والفضل الى تمام الدية
يلزمه باختياره في اخر حياته مع قدرته على البيان في غير الجاني فيعتبر من الثلث كالتبرعات
وهذا الاختيار معتبرا بصفة الجاني عند الموت لان بالموت قبل البيان عتق نصف كل واحد
منهما بكلام وجد بعد الجناية مع العلم بالجناية فصار مختارا للفدا وهو متبرع في
التزام الزيادة على القيمة لانه كان يدفعه او بقدر قيمته لا محالة فيعتبر الزيادة على القيمة
من ثلث ماله كما لو اعتقه في هذه الحالة فانه يعتبر الزيادة على القيمة من ثلث ماله كذا هنا
ولو جنيا ثم اعتق احدهما في صحته لزمه فداهما لانه لما اعتق احدهما في صحته مع العلم
بالجناية صار مختارا للفدا في احدهما في صحته اذ لا بد من وقوع العتق على احدهما فيلزمه
دية واحد في صحته ويعتبر من كل المال فاذا مات قبل البيان صار معتقا نصف كل واحد
منهما في اخر حياته فصار مختارا للفدا في الاخر فيلزمه قدر القيمة من كل ماله لانه لا

يخلص عن ذلك وما زاد على القيمة الى تمام الدية يهدر ويبطل ماله لانه كان يتخلص عن ذلك
الزيادة بوقوع العتق على احدهما فاما يتبرع بالزيادة في اخر حيوته فيعتبر من الثلث
ولو اعتق بين الجنايتين ثم مات المولى يجب للاول دية وللثاني قيمة ويعتبر الاول
اختيارا للدية لانه صار معتقا بكلامه واحد من جنايته ولكنه صار مستهلكا في حق قيمته

فصل في جناية المدبر وام الولد والمكاتب

اذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن السيد الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لما روي ان
ابا عبيدة قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وكان القضاء بمحضر من الصحابة رضي
الله عنهم اجمعين فصار اجماعا ولانه بالتدبير والاستيلاد صار مانعا دفع الرقبة عند
الجناية ولم يصر مختارا لذلك الدية لانه عند التدبير او الاستيلاد ما كان يعلم انه جنى
وصار كما لو فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لان
الاصل وجوب الدفع بالجناية وقد تعذر الدفع بسبب من المولى فيجب القيمة عليه لمنعه
منه ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا حق لمولى الجناية في اكثر من الارش ولا يثبت الخيار
بين الاقل والاكثر لان التخيير لا يفيد في الجنس المتحد لانه يختار الاقل لا محالة بخلاف القن
حيث يتخير بين الدفع والفداء لان التخيير يفيد في الجنس المختلف ولا يلزمه الا قيمة واحدة
وان كثرت الجناية [illegible] من المدبر بمنزلة عين العبد ثم اذا جنى جنايات لا يجب في دفعه
الا مرة واحدة كذا هنا ولكن القيمة مشتركة بين اولياء الجناية تتقدر الحصص وتعتبر
قيمة المدبر لكل واحد منهم في حال الجناية عليه ولا تعتبر يوم التدبير لان موجب الجناية
لا يثبت الجناية حتى لو قتل انسانا خطاء وقيمته الف ثم صارت قيمته الفا وخمسمائة
ثم قتل اخر خطاء فلا حق لولي الجناية الاولى في هذه الزيادة وهي للثاني لما بينا فان دفع
المولى القيمة [illegible] بقضاء ثم جنى اخر يشارك الثاني الاول وان كان بغير قضاء فالثاني
بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى
ويتبع الاول [illegible] او بغير قضاء لانه حين دفع الى الاول لم تكن الجناية الثانية
موجودة [illegible] الدفع جانيا في حق الثاني لان السبب الموجب

لحق

لحق الثاني وهو الجناية ~~الثانية موجودة وكان الدفع اليه صحيحا~~ لم يكن موجودا فلا يصير له شيء
وله ان القيمة انما تجب على المولى باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق
وذلك في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل في حق اولياء الجنايتين كان دفع القيمة من المولى كان
بعد وجود الجنايتين وهنا ان دفع الى احدهما كل القيمة [illegible] لم يصر للثاني شيئا وان دفع
بغير قضاء كان للثاني الخيار فيها مثله ولهذا كان للثاني حق المشاركة مع الاول في تلك
القيمة ولا يكون ذلك الا بان يجعل كانه جنى عليهما في حالة واحدة واذا اعتق المولى المدبر
وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان وجب على المولى بالمنع فصار وجود
الاعتاق وعدمه في حقه سواء وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما ذكرنا لان الاستيلاد
يمنع الدفع كالتدبير فاذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولم يلزمه شيء عتق اولا لان
موجب جناية الخطا منه على السيد واقراره لا ينفذ على السيد فان تنازعا في قيمته يوم
جنى فالقول للسيد مع يمينه لانه ينكر الزيادة فان جنى اخرى بعد القيمة ابتداء فان جنى اخرى
فاربا عام مدبر حفر بئرا في طريق المسلمين ومات فيما دخل فادى المولى الى ولي الجناية
قيمة المدبر الفا بقضاء ثم مات ولي الجناية وترك الفا وعليه الفان ثم وقع في البئر اخر
فمات فان الالف الذي تركه ولي القتيل الاول يقسم بين الولي الثاني وبين الغرماء للولي
الاول ~~على الولي الاول~~ على خمسة اسهم سهم لولي الثاني واربعة للغرماء لان حق ولي الثاني
في خمسمائة وحق الغرماء في الالفين فيضرب كل بحصته سهما فصار الدين اربعة وحق الثاني سهما
فان قسموا ذلك بقضاء ثم وقع فيها اخر فمات اخذ ولي الثالث نصف ما في يد ولي [illegible]
لاستوائهما ثم رجعا على الغرماء بتمام ربع القيمة لان حق ولي الثالث [illegible]
وحق الغرماء في الالفين فيحصل كل الف [illegible] فيصير [illegible] اسهم [illegible]
فذلك اربعة فلذلك يأخذان منه تمام ربع القيمة ولو [illegible]
ثم وهب الولي للمولى ما قبض [illegible]
النصف [illegible] بحصته الربع والولي [illegible] بالربع
من غير اختيار مدبر جنى جناية [illegible] بالقيمة

ولم يدفع فجنى اخرى ثم مات المكاتب عن وفاء فالمالية لولي الجنايه الثانيه لان حقه صار دينا بالقضا
والدين لا يبطل بالموت اذا خلف كسبا وخير الثالث بين ان يتبع ولي الاول او يتبع المولى مدبره
ولدت ولدا او قيمة كل واحد الف ثم ماتت فجنت جنايه تستغرقها ومات سيدها ولم يدع مالا
غيرهما سعيا بقدر قيمتهما لرب الجنايه وللورثه في ما بقي ولم يلزمها ماليه لان موجب الجنايه
القيمه على المولى وقد صارت دينا بموته والدين مقدم على الوصيه والتدبير وصيه فكانت
موخره عن الدين عبد لرجلين قتل رجلا خطا فدبره احدهما وهو لا يعلم بالجنايه ثم قتل آخر
خطاء ضمنه الساكت ان شا نصف قيمته ودفع الى ولي الجنايه الاول لان حقه تعلق برقبه
العبد وقد فات هذا النصف واخلف بدلا فانتقل حقه اليه وضمن المدبر نصف قيمته قنا
لولي الاولى لانه دبره وهو لا يعلم بالجنايه وعليه جميع قيمته مدبرا للمولى الثانيه لانه ملك
نصيب صاحبه بالضمان وقت التدبير فظهر ان الجنايه الثانيه على ملكه او استسعاه ودفع
اليهما وضمن المدبر نصف قيمته قنا لهما لانه بقي نصيبه على ملكه وتعذر دفعه وصار مستهلكا له
فعليه بدله رجل شج عبد غيره موضحه فدبره سيده ثم شجه الشاج موضحه اخرى ثم كاتبه
فشجه اخرى ثم ادى المكاتب فعتق فشجه اخرى فمات بالكل ضمن نصف عشر قيمته صحيحا
بالشجه الاول لان القيمه في حق العبد كالديه في حق الحر وهي مقدره في حق الحر بنصف عشر الديه
ويغرم نقصانها ايضا الى ان جنا الثانيه ويغرم بالشجه الثانيه نصف عشر قيمته مدبرا مشجوجا
ونقصانها الى ان كوتب ويغرم بالثالثه نصف عشر قيمته مدبرا مكاتبا مشجوجا شجتين
ونقصانها الى ان عتق وثلث قيمته منذ مات وبالرابعه ثلث الديه لان النفس وان تلفت
باربع شجات صوره فهي ثلث شجات حكما لان حكم الاوليين واحد لاتحاد سرايتهما
لان الكتابه تقطع سرايه الجنايه بمنزله البيع لان الاسباب تفارق الانتها اذ الابتدا على
حق المولى والانتها على حق العبد فكانتا جنايه واحده والاخريان مختلفان لان التي بعد
الكتابه حكمها ضمان القيمه للمكاتب والتي بعد العتق حكمها ضمان الديه فكانت النفس
تلفت بثلاث جنايات ثلث بالجنايه قبل الكتابه وقد هدرت في حق ايجاب الضمان ولكنها
اعتبرت في حق التوزيع لحاجة التبيع وثلث بالجنايه بعدها وقد اعتبرت وثلث بالجنايه بعد العتق

وقد اعتبرت ايضا ولا يغرم بالشجه التي بعد العتق ارشا ولا نقصانا لان الجنايه متى صارت
نفسا سقط اعتبار ما دونها وصار ذلك تبعا للنفس عبد شج حرا موضحه ثم دبره مولاه
فشجه العبد موضحه اخرى ثم كاتبه مولاه ثم شجه اخرى ثم ادى فعتق ثم شجه اخرى وشجه
اجنبي ومات والمولى عالم بالجنايات فعلى عاقله الاجنبي نصف الديه لان المعتبر عدد الجناه
لا عدد الجنايات والجاني هنا اثنان والنصف الاخر اتلفه العبد باربع جنايات احكامها
مختلفه والمعتبر احكام الجنايات فحكم الاولى الدفع او الفدا وحكم الثانيه وجوب القيمه على المولى
وحكم الثالثه وجوب القيمه على المكاتب وحكم الرابعه الوجوب على العاقله فصار هذا النصف
اربعه اسهم وصار الكل ثمانيه اسهم اربعه اتلفها الاجنبي واربعه اتلفها العبد فالسهم الاول
صار مختارا له بالتدبير وهو عالم بها فيلزمه ثمن الديه والسهم الثاني وجد والدفع ممتنع لمعنى
سابق على الجنايه فلم يبق الاختيار فوجب به ثمن القيمه على المولى الا ان يكون ثمن الديه اقل منه
والثالثه حصلت من المكاتب فوجب الاقل من ثمن الديه ومن ثمن القيمه على المكاتب والرابع جنايه
الحر فوجب ثمن الديه على العاقله وان لم يدبره والمسئله بحالها فعلى عاقله الاجنبي نصف الديه
واما النصف الاخر فقد تلف بثلاث جنايات في الحكم لان جنايتي العبد قبل الكتابه حكمهما
واحد وهو الوجوب على المولى وجنايته بعد الكتابه تخالف جنايته بعد العتق فصار هذا النصف
ثلاثه اسهم وصار الكل سته تلف ثلاثه بجنايه الاجنبي وتلف ثلاثه بجنايه العبد فعلى المولى
سدس الديه بالاوليين وعلى المكاتب الاقل من سدس قيمته ومن سدس الديه وعلى العاقله سدس
الديه والاسواط كالاشجاج صبي مالم يؤمر به لا ما امر به فلو امر رجلا ان يضرب عبده
سوطا فضربه ثم ضربه اجنبي سوطا فمات فالاول هدر لانه بامر المولى ويغرم ارش السوط
الثاني وما نقص به الى ان مات منقوصا بالاول والثالث هدر لانه من المولى على عبده وعلى
الاجنبي ارش الرابع وعلى عاقله الاجنبي ثلث قيمته يوم الموت لان العبد تلف بثلاث جنايات
عبد شج رجلا موضحه فباعه سيده وهو يعلم فشجه اخرى عند المشتري فرده المشتري
على البايع فشجه اخرى وشجه اجنبي ومات بذلك كله فعلى عاقله الاجنبي نصف الديه واما
العبد فقد اتلف نصفه بثلاث جنايات مختلفه فيعتبر الكل فنقول اتلف بالجنايه قبل البيع

بلغ النصف وقد صار البائع مختاراً للفداء فيلزمه سدس الدية والباقي متعلق برقبته فيخير
البائع بين الدفع والفداء عبد لزيد وذو جنى على ذو فكاتبه عالماً بالجناية فجنى عليه أخرى ثم كاتبه
زيد فجنى عليه جناية أخرى فمات من ذلك كله فعلى المولى العبد نصفان وكل نصف أتلف نصف النفس
بلا أن جنايات حقيقة وجنايتين حكماً أما نصيب المجني عليه فقد أتلف نصف النفس بجنايته قبل كتابته
وهي هدر وبجنايته بعدها وموجبها واحد وهو الأقل من نصف قيمته ومن ربع الدية على المكاتب
وأما جميع ما على المكاتب الأقل من نصف قيمته ومن نصف الدية على المولى فلزمه الأقل من نصف قيمته
ومن ربع الدية وكتابته بعد الكتابة وهو مثاله في رقبته المكاتب وإن جنى على أجنبي فكاتبه أحدهما
بالجناية ثم جنى عليه فكاتبه الثاني وهو يعلم ثم جنى عليه فمات فنصف الأول أتلف نصفه بثلاث جنايات
لها حكم جنايتين وصار مختاراً في الأول بربع الدية موجب البقية على المكاتب وهو الأقل من ربع الدية
ونصف قيمته والنصف الآخر جنى جنايتين قبل الكتابة وحكمهما واحد وهو الوجوب على المولى فلزمه
الأقل من قيمته ربع الدية على المكاتب بالثالثة الأقل من نصف قيمته ومن ربع الدية وإن لم يعلما فضمنا
الأقل من قيمته ومن نصف الدية وعلى المكاتب أيضاً الأقل من القيمة ومن نصف الدية لأنه تعذر الدفع
على المولين والغائب بتلك الجناية النصف ولم يوجد منهما ما دل على الاختيار فلزمهما النصف
كما بينا مكاتبة أقرت على ولدها المولود في كتابتها بجناية ودين بطل لأنه صار مكاتباً فالتحق بالأحرار
فإن كسب أخذ منه وصرف إلى الدين لا الجناية لأن الجناية لم تصر مالاً والدين مال فإن لم يوجد
الأم الكسب حتى مات الولد وأقرت بالجناية أو لا تخلصاً لأن الإقرار بالجناية وإن كان سابقاً ولكن
انقلابه مالاً بعد الإقرار بالدين فاستويا لأنه سابق عليه من وجه متأخر عنه من وجه وإذا أقر
بالدين أولاً بدئ به كما لو أقرت بدين ثم بدين وإن كان الإقرار في الولد ثم مات كذلك والفرق
أن إقرار الولد يلاقي ذمته وفيها سعة وإقرارها إنما يصح باعتبار الكسب فإذا اشتغل
بالأول بطل الثاني والأصل أن جناية المكاتب إنما تصير مالاً بالقضاء أو بعتق المكاتب بأداء
أو بموته عن وفاء ومتى لم يصر مالاً لا يتعلق برقبته فإذا ثبت هذا فنقول مكاتبة مات عن
تركة لا وفاء فيها وعليه جناية لم يقض بها فتركه لسيده ولا حق للمولى فيما لأنه مات عاجزاً
لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة لا بالكسب لأنها لم تصر ديناً وقد هلكت الرقبة لا إلى بدل فبطل حقه

فإن

فإن قضى من تركة فيما لا يمادين عليه وإن كان من أرش جناية بدليه صرفت في الجناية قضى بها أو لا
لا بها بدل بعض الرقبة وحكم البعض حكم الكل وإن اجتمعا صرفت التركة من غير الجناية إلى المقضي له
فإن لم يتم تمم من أرش الجناية وفرق ما بقي من أرشهما الذي لم يقض له بها وما نزل من أرش جنايته قبل
جنايته فهو كسائر تركته

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

ومن قطع يد عبده فغصبه رجل فمات عنده من القطع ضمن قيمته أقطع وإن غصبه رجل وهو صحيح
ثم قطع المولى يده عند الغاصب فلا شيء على الغاصب أما المسألة الأولى فلأن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب
الضمان كالملك في المضمون فقطع السراية كالبيع وصار كأنه هلك بآفة سماوية لا بالقطع
فيجب قيمته أقطع وإن لم يوجد القاطع في المسألة الثانية فاستيفت السراية إلى البداية وصار
المولى متلفاً وصار به مستردّاً للعبد لأن ما يصير به المشتري قابضاً للمبيع يصير به المغصوب
منه مستردّاً للغصب فبرئ الغاصب عن الضمان وإذا غصب العبد المحجور عليه صبياً فمات في يده
فهو ضامن لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وإن لم يكن مؤاخذاً بأقواله لما مر في الحجر ومن غصب
مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين
نصفين لأن بالتدبير السابق لا يمنع الأدوية واحد وتكون بينهما نصفين لاستوائهما ويرجع
المولى بعدما أدى بنصف قيمته على الغاصب لأن نصف القيمة استحق عليه بسبب كان عند
الغاصب فيجب على الغاصب وبأنه يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب مرة أخرى
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لأن المولى
إنما يرجع على الغاصب بالنصف الذي أخذه ولي الجناية الأولى فيصير هذا الذي رجع به من
عوضاً عما سلم لولي الجناية الأولى فإذا سلم له أخذه لم يستحق عوضه لئلا يتكرر الاستحقاق
في شيء واحد أو لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولهما أن حق ولي الجناية الأولى
في كل القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد فانعقدت الجناية موجبة استحقاق الكل
وإنما النقصان لعارض مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئاً من القيمة فارغاً عن حق المولى أخذه حتى
يتكامل حقه لأنه يتقدم على المولى وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب
لأنه استحق من يده بسبب كان عند الغاصب وإن كان جنى عند المولى أولاً ثم جنى عند الغاصب

عن المولى قيمته بين ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب فيدفعه الى ولي
الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب في قولهم لانه انما استحق عليه بسبب كان عنده فلا يرجع
به على غيره ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى عنده فرده على المولى فجنى جناية اخرى
فالمولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به
على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند قال المولى م
المولى فغصبه رجل فجنى عنده يدفعه نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به
فالجواب في الفصلين كالجواب في المدبر الا ان المولى يدفع العبد هنا وهناك يدفع القيمة ومن غصب مدبرا
فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى جناية فعلى مولى المدبر قيمته بين ولي الجنايتين
نصفين ثم يرجع بقيمته على الغاصب فيدفع نصفها الى ولي الجناية الاولى ولا يدفعه الى ولي الجناية
الثانية وهذا لان جناية المدبر على مولاه تغرم المولى قيمته ويرجع بالقيمة كلها على الغاصب لان
كلها انما وجب بسبب في ضمانه فاذا رجع بها دفع نصفها الى ولي الاولى لان حقه في كل القيمة
لولا مزاحمة الثاني وقد وجد على يده ما احله ولي الجناية الثانية فيرجع به ليتم حقه ثم يرجع
المولى بذلك النصف على الغاصب لانه استحق عليه بسبب في ضمانه فاذا رجع به سلم له ولم يدفعه الى
ولي الجناية الثانية لان حقه لم يجب الا والمزاحم قائم فلم يجب الا في النصف وقد سلم له ثم قيل هذه
المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاولى ما يرجع به عوض
ما سلم لولي الاولى اذ الثانية وجدت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق وفي
هذا الفصل عوض عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يتكرر الاستحقاق ومن
غصب صبيا حرا لا يعبر عن نفسه فمات في يده فجاءة او بحمى فلا ضمان عليه وان اصابته صاعقة
او نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية استحسانا والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول
زفر وان قفي لان غصب الحر لا يتحقق ولهذا لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا
فاولى ان لا يضمن اذا كان حرا يدا ورقبة ولنا انه يضمن بالاتلاف لا بالغصب لانه نقله
الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا تسبب للتلف لانها لا تكون في كل مكان ولو لا نقله
الى ذلك المكان لما اصابته صاعقة او نهشته حية وهو فيه متعد فيضمن ما تلف به كما لو حفر

بيرا

بئرا في الطريق بخلاف الموت بالحمى او بالفجاءة لانه يكون في كل الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه
الحمى والامراض يضمن وتجب الدية على العاقلة لما مر بخلاف المكاتب الصغير لانه في يد نفسه صغيرا
كان او كبيرا بخلاف الحر الصغير الا ترى ان المكاتب الصغير لا يزوجه احد والحر الصغير يزوجه
وليه وهذا اما اذا كان لا يعبر عن نفسه لانه يعارضه بلسانه فلا تثبت يده حكما وههنا قد صار في يده
فلا يعارضه بيده ولسانه كذا في الاسرار واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته القيمة
وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال
عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال
وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة والايداع والبيع والتسليم في العبد والصبي والخلاف
في الصبي العاقل في الصحيح حتى يضمن غير العاقل بالاجماع لان تسليطه هدر وفعله معتبر
لهما انه اتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن لان المحجور مؤاخذ بضمان الفعل كما لو وجد قبل
العقد وهذا لان الايداع امر بالحفظ والامر بالحفظ ضد الاذن بالتضييع فان لم يؤكد عليه
حرمة الاستهلاك فلا يدفعها الا ترى ان الوديعة لو كانت عبدا او امة يكون مضمونه
كذا لو اتلف غير الصبي في يد الصبي ولابي حنيفة انه استهلاك حصل عن تسليط صحيح وشرط
باطل فلا يضمن كما لو نص عليه وهذا لان التسليم اليه واثبات يده عليه تسليط على اتلافه وعادة
الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في العواقب فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله صار كالاذن
له في الاتلاف وقوله احفظ شرط باطل لانه خاطب به من لا يحفظ ولا يعقد عليه ولا
ولاية له عليه ولا للصبي على نفسه فهو كمن قدم الشعير بين يدي الحمار وقال احفظ بخلاف
مسئلة العبد او الامة لان اثبات اليد على ذمته وحياته باطل لانه في حق الدم مبقى على
اصل الحرية وبخلاف ما لو اتلف غير الصبي في يده لانه لا تسليط في حقه وان استهلك مالا
من غير ايداع ضمن لانه مؤاخذ بافعاله لما مر في الحجر ومن استعمل محجورا عليه بغير اذن
وليه فتلف ان لم يتخلل فعل اختياري كما لو دفع اليه سكينا فسقط من يده فعقره
وان تخلل لا يضمن كما لو قتل به نفسه غصب عبدا مشجوجا فمات عند الغاصب ان شا امسك

في الشاج وان شاء ضمن الغاصب قيمته مشجوجا وان كانت خطاء فان شاء اخذ قيمة العبد
صحيحا من عاقلة الشاج ورجعت العاقلة على غاصبه بقيمته مشجوجا وان باع المولى
بشرط الخيار ثلاثا او مات عند المشتري في الثلاث فهو كالمغصوب لان المبيع بشرط الخيار
للبائع مضمون على المشتري بالقيمة كالمغصوب ولو رهنه ودينه مثل قيمته فهلك ذهب
بالدين وللسيد على الجاني ارش الشجة ونقصانها ونصف قيمته يوم رهنه ولو جنى عبد
لمفلس واختار الفداء لم يجبر على دفعه عند ابي حنيفة وعندهما ان اداه في الحال فعليه
الرفع الا ان يرضى الولي بالفداء وهو فرع تحقق الافلاس وعدمه وسيد الجاني اذا اختار
الفداء فبرئ ومات قبلها خير بين الدفع واسترداد ما اعطاه وبين الفداء بتمام الدية والقياس ان
لا يكون مختارا وعليه الدية فهو قول ابي يوسف لان الجراحة اصل واختيار الاصل اختيار لما يتولد
منه وجه الاستحسان انه اختار ارشا له باكثر الناس مسلم قطع يده فارتد فاسلم فمات
من القطع يجب كل الدية عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يجب ارش اليد فقط لانه لما ارتد
انقطع حكم السراية لسقوط عصمته ولا فعل من الجاني بعد اسلامه ولهما ان القطع وجد في محل
معصوم والسراية في محل معصوم فيجب كل الدية مات انسان في بئر حفرها عبد على الطريق
فاعتقه المولى ثم مات اخر فعليه الدية ويضرب الثاني في الدية بقدر قيمة الجاني فيضرب هذا
بجميع قيمة العبد والاول بجميع الدية فيقسم بينهما على ذلك عند ابي حنيفة وعندهما يضمن المولى
لولي الثانية نصف القيمة والدية لولي الاول لان العبد صار قاتلا كليهما وقت الحفر والمولى
اعتقه وهو يعلم باحدهما دون الاخر فصار مختارا للفداء من جوز علم وعليه نصف قيمته
الذي لم يعلم وله ان دفع الدية لم يدفع قيمته ولو اعتقه وهو لا يعلم وغرم قيمته للاول
لا يغرم للثاني شيئا اخر بل يشارك الاول كذا هنا جناية المغصوب على سيده يعتبر عنده
خلافا لهما ولو جنى على غاصبه لا يعتبر عنده ويعتبر عندهما والاصل ان جناية المملوك
على مالكه هدر الا انه اعتبر المال اذ الغاصب يملكه بالضمان وهما اعتبرا الحال والخلاف
في الجناية الموجبة للمال اذا كانت موجبة للقود فيقتل العبد قصاصا اعتق في مرض موته
عبدا ثم قتله في مرضه خطاء عليه ان يسعى في قيمتين عند ابي حنيفة احدهما لنقض الوصية

لان

لان الاعتاق في مرض الموت وصية وهي للقاتل باطلة الا ان العتق لا يمكن نقضه بعد وقوعه
فيجب قيمته ثم عليه قيمته اخرى بقتل مولاه لان المستسعى كالمكاتب عنده والمكاتب اذا قتل
مولاه فعليه الاقل من قيمته ومن الدية والقيمة هنا اقل وقالا يسعى في قيمة واحدة ردا
للوصية والدية على عاقلته لانه حر مديون عندهما رجل مات وترك مدبرا لا مال له غيره
فقتل هذا المدبر رجلا خطاء فعليه ان يسعى في قيمته لولي القتيل عند ابي حنيفة لان المستسعى
كالمكاتب وعلى المكاتب في قتل انسان خطاء الاقل وعندهما قيمة الدية على عاقلته لانه حر مديون

كتاب القسامة والعاقلة

القسامة هي الايمان
تقسم على اهل المحلة الذين وجد القتيل فيهم واذا وجد قتيل في محل لم يعرف قاتله حلف
خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فان حلفوا قضي على اهل
المحلة بالدية ولا يحلف الولي وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء
خمسين يمينا فان حلفوا قضي بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطاء في قول
وفي قول يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وهو قول مالك وان نكل المدعي عن اليمين
حلف المدعى عليهم وان حلفوا برئوا ولا شيء عليهم وان نكلوا عليهم القصاص في قول
والدية في قول واللوث عندهما قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بان يكون هناك
علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة او شهادة عدل او جماعة
غير عدول ان اهل المحلة قتلوه فان لم يكن الظاهر شاهدا له حلف اهل المحلة على ما قلنا
فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعي اولا وفي براءة اهل المحلة باليمين للشافعي في البداءة
بيمين الولي قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء يقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين
حجة لمن يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل
في الذمم البراءة والظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث وقرب العهد فيكون اليمين حجة له
وللنفس هذه الجهة ضرب شبهة والقصاص عقوبة تسقط بالشبهات بخلاف المال فلهذا
اوجب الدية في الجديد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم

لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين كبت حجة صالحة للاستحقاق وليس يصلح حجة لاستحقاق
نفس خصوصا في موضع يتيقن بان الحالف مجازف يحلف على ما لم يعاينه بامر محتمل وهو اللوث
وانما شرعت اليمين لابقاء ما كان على ما كان ولا يستحق بها ما لم يكن مستحقا وقوله يتخير الولي من ترك
الى ان يختار بعض الخمسين الى الولي لان اليمين حقه فاليه تعيين من يتوفى حقه وله ان يختار
الشباب والفسقة لان تهمة القتل عليهم اظهر وله ان يختار الصالح والصلحا منهم لانهم يتحرزون
عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل منهم اظهروه ولم يحلفوا ولو اختاروا
في القسامة اعمى او محدودا في قذف جاز لان هذه يمين وليست بشهادة فتعتبر اهلية اليمين بخلاف
اللعان لانه شهادة وهما ليسا باهل للشهادة فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية وقال الشافعي
يبرؤوا عن الدية لما روي سهل بن ابي حثمة ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة
خرجوا الى النخل في خيبر وتفرقوا في حوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر
يتشحط في دمه فجاؤوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان
يتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة واخبره
بذلك فقال ومن قتله فقالوا ومن يقتله سوى اليهود فقال تبرئكم اليهود بايمانها ولان الحلف مبرئ
في ساير الدعاوي فكذا ههنا ليكون موافقا للاصل ولنا ما روى ابن عباس ان النبي صلى الله
عليه وسلم كتب الى خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان
مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى امرا فان كنت نبيا فاسال الله
مثل ذلك فكتب اليهم اني اريت ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له
قاتلا ثم يغرمون الدية فقالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي وروى ابو حنيفة عن
زياد بن ابي مريم انه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني وجدت اخي قتيلا
في بني فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا
فقال الرجل وليس لي من اخي الا هذا قال نعم ومائة من الابل وروي ان قتيلا وجد بين وادعة
وارحب وكان الى وادعة اقرب فقضى عليهم عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية فقال وادعي
يا امير المومنين لا ايماننا تدفع عن اموالنا ولا اموالنا تدفع عن ايماننا فقال انما حقنتم

دماكم

دماكم بايمانكم وانما اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم وقوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم اليهود
محمول على الابراء عن القصاص والقتل والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له وانما شرعت القسامة
لحق الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القاتل بتحرزهم عن اليمين الكاذبة المهلكة فيقروا بالقتل
فاذا حلفوا برئوا عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين وما شرعت القسامة
ثم الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا اذ الظاهر ان القاتل منهم فتمكن القاتل من القتل
بتقصيرهم وقوتهم فاوجب الشرع عليهم الدية صيانة لدم المقتول عن الهدر ولانهم لما قصروا
في صيانة المحلة صاروا كالمباشرين في القتل فانه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الامر والتسبيب
موجب للدية وذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على عواقلهم
وما وقع في اكثر النسخ فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية يحتمل ان يكون المراد على عاقلة
اهل المحلة ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين في القسامة حق مقصود لتعظيم امر
الدم ولزمه حق مقصود لا يجري النيابة في ايفائه فيحبس اذا امتنع ليوفي كما في كلمات اللعان
الا ترى انه يجمع بينه وبين الدية وهذا بخلاف النكول في المال لان اليمين بدل عن اصل حقه
ولهذا يسقط ببذل المدعى وههنا لا يسقط ببذل الدية وهذا اذا ادعى الولي القتل على اهل
المحلة او ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد والخطا لانهم لا يتميزون عن
الباقي اما لو ادعى على البعض باعيانهم فسياتي بعد ان شاء الله تعالى وان لم يكمل اهل المحلة
كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين يمينا لما روي ان الذين جاؤوا الى عمر رضي الله عنه
من اهل وادعة كانوا تسعة واربعين رجلا فحلفهم ثم اختار منهم واحدا فكرر عليه اليمين
ونقله عن شريح والشعبي ولان عدد اليمين في القسامة منصوص عليه ولا يجوز الاخلال
بالعدد المنصوص عليه فاذا كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم لم يكن له
ذلك لانه انما يصار الى التكرار للضرورة الاكمال ولا ضرورة ههنا ولا قسامة على صبي
ومجنون وامراة وعبد لانهم اتباع لا يقوم النصرة بهم واليمين على اهل النصرة وان وجد
ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية لان القتيل عرفا هو فائت الحياة بسبب يباشره حي
عادة والقسامة شرعت في المقتول وهو انما بان الميت حتف انفه بالاثر فلا اثر به هو

ميّت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر وفيه اثر فهو مقتول فمست الحاجة الى صيانة دمه عن [الهدر]
وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا خرج الدم من عينه او اذنه لان الدم لا
يخرج منهما عادة الا بجرح في الباطن بخلاف ما اذا خرج من انفه او فيه او دبره او ذكره لان
الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد بيناه في الشهيد واذا وجد بدن القتيل
او اكثر من نصف البدن ومعه الراس في محلة فللاكثر حكم الكل وان وجد نصفه مشقوقا بالطول
او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم فيه لان
الموجود ليس بقتيل اذ الاقل ليس كالكل ولان هذا يؤدي الى تكرار القسامة والدية
في قتيل واحد فانا لو اوجبنا بوجود النصف في هذه المحلة القسامة والدية على اهلها لم نجد
بدا من ان نوجبها اذا وجدنا النصف الآخر في محلة اخرى القسامة والدية على اهلها وتكرار
القسامة والدية في قتيل واحد غير مشروع والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان
بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري
فيه القسامة تجب والمعنى ما بينا وصلاة الجنازة مبنية على هذا الاصل لانها لا تتكرر
ايضا ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس فيه اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اعتبارا
بالكبير وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية لان تام الخلق ينفصل
حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه انفصل ميتا ظاهرا وان وجد القتيل
على دابة يسوقها رجل او يقودها او هو راكبها فالدية على عاقلته دون اهل المحلة
لانه في يده فصار كما لو كان في داره وان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار
كما لو وجد في دارهم وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فعلى اقربهما القسامة
والدية لان قتيلا وجد بين قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره ان
يمسح بينهما فوجد الى احد القريتين اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وورد
عن عمر رضي الله عنه مثله وقيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهلها الصوت
اما اذا كان لا يبلغهم الصوت فلا شيء عليهم لانه اذا كان بحيث يبلغهم الصوت يلحقهم
الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا وان كان في موضع لا يسمعون صوته لا تلزمهم نصرته

فلا ينسبون الى التقصير فلا يجعلون قاتلين تقديرا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك والدية على عاقلته لان نصرته وقوته بهم
والقسامة والدية على اهل الخطة دون السكان والمشترين وهذا على فصول احدها انه
لا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اهل
الخطة والمشترون والسكان سواء في القسامة والدية لانه صلى الله عليه وسلم قضى بالقسامة
والدية على اهل خيبر وقد كانوا سكانا بخيبر ولان وجوبها عليهم لالتزامهم الحفظ او لوجود
القتل بينهم والكل في ذلك سواء ولهما ان التدبير في حفظ المحلة الى الملاك دون السكان
لان السكان ينتقلون في كل وقت من محلة الى محلة دون الملاك ولان ما يلزمون من الغنم
وهو الشفعة يختص به الملاك فكذا ما يلزمون من الغرم واهل خيبر كانوا ملاكا وثانيها
انها على اهل الخطة دون المشترين عندهما وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان ما
يجب بالملك لا يختلف باختلاف اسباب الملك كالشفعة ولهما ان صاحب الخطة هو
المختص بتدبير المحلة والمحلة تنسب اليه دون المشتري وقلما يزاحمه المشتري في التدبير
والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة والدية دون المشتري وقيل
انما اجاب ابو حنيفة هذا بناء على ما شاهده من عادة اهل الكوفة في زمانه ان اصحاب
الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك وان بقي واحد
منهم اي من اهل الخطة فكذلك لان المشترين اتباع لاهل الخطة فما بقي من الاصل يكون
الحكم له دون التبع وثالثها انه اذا لم يبق واحد من اصحاب الخطة بان باعوا كلهم فهو
على المشترين لانه زال من يتقدمهم او يزاحمهم فانتقلت اليهم اذ خلصت لهم وان وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار عنده وعلى قومه عندهما وتدخل العاقلة في
القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار
اخص به من غيره فلا يشاركه غيره في القسامة كاهل المحلة لا يشاركهم عواقلهم فيها
ولهما ان بالحضور لزمتهم نصرة الموضع كما تلزم رب الدار فيشاركونه في القسامة

وان وجد قتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فالعقل على رؤوس الرجال
لان هذا الحكم مضاف الى ولاية الحفظ وعند التقصير فيه تجب احكام القتل بدلالة الملك
وولاية الحفظ ثابتة لهم على السواء والدلالة واحدة لا يختلف اثرها بتفاوت الملك فكان
على عدد الرؤوس كالشفعة ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل وليس للشرى خيار
فالدية على عاقلة ذي اليد وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن في الشرى خيار فالدية على
عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فالدية على عاقلة الذي تصير الدار اليه لهما ان الحفظ
في الشرع علق بملك الرقاب فيكون المالك هو المقصر فيه بلا تقدير او الملك للمشتري قبل
القبض في البيع البات وفي الذي فيه خيار تعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله
ان الحفظ انما يكون باليد لانه يقدر على الحفظ باليد فالحاصل انه اعتبر اليد وهما اعتبرا
الملك ان وجد والا يتوقف على قرار الملك واليد لم يكف لوجود اليد على العاقلة حتى لو كان في
يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده اذا انكرت
العاقلة ان تكون الدار له وقالوا هي وديعة في يده وهذا لما عرف ان الظاهر يصلح للدفع لا
للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق هنا فوجب اثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار
في دار بيعت فانكر المشتري ان تكون الدار التي في يد الشفيع ملكا له فلا يستحق الشفعة بها
عليها حتى يقيم البينة على الملك ولا يلزم ان ابا حنيفة اعتبر اليد في استحقاق الدية كما ذكرنا
انفا لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد ولم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة فان وجد قتيل في فلك
فالقسامة على من فيه من الركاب والملاحين والدية عليهم فهذا اللفظ يشمل اربابها حتى
تجب على ارباب الدور فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء
وكذا العجلة وهذا على مذهب ابي يوسف ظاهر لانه يجعل السكان والملاك في القتيل الموجود في
المحلة سواء وكذا في القتيل الموجود في السفينة واما عندهما في المحلة السكان لا يشاركون
الملاك لان التدبير في المحلة الى الملاك دون السكان وفي السفينة الظاهر انهم في يدهم بها سواء
اذا اخرتهم امر وهذا لان السفينة تنقل فيكون المعتبر فيه اليد دون الملك فانهما من ذكرنا به
كما ان المعتبر في القتيل الموجود على الدابة وهو اليد دون الملك وكذا في القتيل الموجود في السفينة

وهم يحيى اليد عليها سواء بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على
اهلها لانهم احق الناس بالتدبير فيه وان وجد في المسجد الجامع او الشارع فلا قسامة فيه والدية
على بيت المال لان المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل ولا يتحقق في حق العامة وكذا الجامع
للعامة وبيت المال معد لذلك ولو وجد في سوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف يجب على السكان
وعندهما على الملاك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة
المسلمين ولو وجد في السجن فعلى بيت المال عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الدية والقسامة
على اهل السجن لانهم سكان وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ما داموا فيه فالظاهر ان
القتل حصل منهم ولهما ان اهل السجن مقهورون في السكنى في ذلك الموضع فقلما يقومون
بحفظه والتدبير فيه ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فدية القتيل الموجود فيه يكون على
بيت المال قالوا هذه تنبيه على مسألة الملاك والسكان وقد مر الاختلاف فيه وان وجد
في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما مر من استماع الصوت لانه اذا كان بحيث
يبلغه الصوت يكون فناء العمران وهم احق بالتدبير فيه لرعي مواشيهم الا يرى انه ليس لاحد
ان يحيي ذلك الموضع بغير رضاهم فاما ما وراء ذلك فهو من جملة الموات ولا يجب فيه شيء فهذا
اذا لم يكن مملوكا لاحد واما اذا كانت فالقسامة والدية على ذا ان وجد بين قريتين فهو على اقربهما
وقد مر وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه
لان قال رحمه الله على اقرب القرى القسامة والدية كما لو كان محتبسا بالشاطئ قلنا
انه ينقل من مكان الى مكان ثم يتغير ولو كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى ودبر الموضع
على التفسير الذي مر لان المحتبس بالشاطئ كالملقى على الشاطئ والذين هم بقرب ذلك الموضع
احق بالتدبير فيه لانهم يستقون الماء ويسقون دوابهم الى ذلك الموضع للسقي ولو كان
نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم لانهم احق الناس بالانتفاع بما به سقيا
لاراضيهم والتدبير في كريه واجراء الماء فيه اليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق
بالشركة فيه الشفعة وما لا يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون
وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة سقط عنهم القسامة والدية لا انتفى القتل عنهم

وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم وان ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة
والدية عنهم لانه ذكر ما كان لنا معلوما ظاهرا وهو ان القاتل واحد من اهل المحلة ولكن لا يعلم
ذلك حقيقة ويدعي الولي على كل واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذا
لم يستفد بهذه الدعوى شيئا لا يتغير الحكم به فيبقى القسامة والدية على اهل المحلة كما كانا واذا
التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب
عليهم فاذا لم يفعلوا فكانهم باشروا فجعل عليهم القسامة والدية الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على
رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة ولا على اولئك شيء حتى يقيموا البينة اما على اهل المحلة
فلان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة واما على اولئك فلان مجرد الدعوى
لا يستحق شيء قال صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم
ولكن البينة على المدعي واليمين على من انكر ولكن تسقط به الحق عن اهل المحلة لان قولهم حجة عليهم
ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او
فسطاط فعلى من يسكنه الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية
لان المعتبر هو اليد في موضع لا ملك لاحد فيه وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم
فلا قسامة ولا دية فيه لان الظاهر انه قتيل الاعداء اذ الظاهر ان الانسان بعد الالتقاء
انما يقاتل من يعاديه لا من يوازره وانما اوجبنا القسامة والدية على اهل المحلة باعتبار نوع
من الظاهر وقد عدم هنا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما مر وان كان للارض مالك فعلى عاقلة رب
الارض القسامة والدية لان المالك هو المختص بالتدبير في ملكه ولانه حفظ ملكه اليه وقد
مر ان الاعتبار للسكان مع الملاك وقيل في مسائل قول ابي يوسف ينبغي ان يكون على النازلين
في ذلك الموضع لان عنده السكان في المحلة كالملاك واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف
بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه بقوله يريد اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل
فيستحلف بهذه الصفة لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم غيره
وان شهد اثنان من اهل المحلة على قتل واحد منهم او من غيرهم لم تقبل الشهادة على ان القتيل اذا
وجد في محلة والولي ادعى قتله على غيرهم فشهد اثنان من اهل المحلة لم تقبل عند ابي حنيفة

وعندهما تقبل والظاهر فيه يرجع الى اصل مجمع عليه وهو ان كل من انتصب خصما في حادثة
ثم خرج من ان يكون خصما لم تقبل شهادته والتخريج على هذين الاصلين فقالا الثابت في
حق اهل المحلة عرضية ان يصيروا خصما لو ادعى الولي عليهم وقد بطلت هذه العرضية
بالدعوى على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل ان يخاصم ثم شهد
في تلك الحادثة وله ان اهل المحلة صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتيل
بين اظهرهم ومن صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة كالوكيل
اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل فشهد وكالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم
شهد وعلى هذين الاصلين تخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من
اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة
مع الكل لما مر انهم خصماء في هذه الحادثة فالشاهد يقطع الخصومة عن نفسه فكان متهما
في هذه الشهادة فاذا لم تقبل شهادتهما قال ابو يوسف ان الولي الشاهدين من جملة من
يستحلفهم يحلفهما بالله ما قتلنا فقط لانهما زعما انهما يعلمان القاتل فلا معنى لاستحلافهما
على العلم وانما يستحلفان على البتات بالله ما قتلنا وقال محمد يحلفان بالله ما قتلنا
ولا علمنا له قاتلا سوى فلان لان ما هو المقصود يحصل بهذا الاستثناء فلا يجوز اسقاط
اليمين على العلم في حقهما كما لا يجوز في حق غيرهما واذا جرح الرجل في قبيلة فنقل الى اهله
فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على اهل القبيلة وان لم
يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا قسامة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة
في الوجهين لان القسامة والدية في القتيل الموجود والجريح ليس بقتيل فصار كما لو لم يكن
صاحب فراش ولنا انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمريض اذا اتصل به الموت
يجعل من اول سببه في حكم التبرعات وكذا في حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح
في ذلك الموضع فاما اذا لم يكن صاحب فراش فهو في حكم القسامة والدية وعلى هذا التخريج اذا وجد
على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على
الذي كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجيء فلا شيء على الذي حمله وفيه خلاف

ابي يوسف وهذا لان وجود جرحا في المحلة وقد مر الوجهان في مسئلة القسامة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فعلى عاقلته ديته لورثته عند ابي حنيفة وقالا لا شي عليهم لانه لو وجد غيره قتيلا في هذه الدار جعل كالمباشر لقتله في حكم الدية فاذا وجد هو قتيلا فيه يجعل كانه قتل نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه وله انه وجد قتيلا في موضع لو وجد غيره قتيلا في ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته فاذا وجد هو قتيلا كانت الدية على عاقلته وهذا لان السبب وجود القتيل في ذلك الموضع كما نص عليه عمر رضي الله عنه بقوله وانما اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم الا ترى ان من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية ومن وجد هو قتيلا فالدار مملوكة لورثته لا له لان الميت ليس من اهل الملك فيكون الدية عليهم وهذا بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار من كسبه فانه لا يجب فيه شي لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لبقاء عقد الكتابة بعد ما وجد هو قتيلا فيها فيجعل كانه قتل نفسه فيهدر دمه واختلف المشايخ في وجوب القسامة على عاقلته على قوله واختار شمس الائمة السرخسي ان لا تجب القسامة هنا لانه لو وجد غيره فيه قتيلا يكون القسامة عليه دون عاقلته فاذا وجد هو قتيلا تعذر ايجاب القسامة بخلاف الدية ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث ووجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يجب الضمان بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فلا يعتبر ذلك التوهم كما لو وجد قتيلا في محلة لا يلتفت الى هذا التوهم ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر الايمان عليها وعلى عاقلتها الدية وعاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب لانها ليست من اهل النصرة والديوان وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمراة ليست من اهل النصرة فصارت كالصبي ولهما ان القسامة في القتيل في الملك باعتبار الملك نفيا للتهمة القتل والمراة في الملك وتهمة القتل كالرجل فكانت كالرجل في القسامة وقال المتاخرون من اصحابنا المراة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا جعلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة لانه لما وجب على غير المباشر فعلى المباشر اولى

جزءنا واذا وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهل القرية فهو على صاحب الارض لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك دون غيره فيجعل كان المالك هو القاتل

باب العاقلة

الدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة بخلاف ما وجب بالصلح او بالاقرار وقد مر في الديات والعاقلة الذين يعقلون العقل اي يؤدون الدية وتسمى الدية عقلا ومعقلة لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك وجمع المعقلة معاقل والاصل في ايجاب الدية على العاقلة بالخطاء وشبه العمد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للاولياء الضاربة قوموا فدوه ولان الخاطي معذور وعذره لا يسقط حرمة نفس المقتول ولكن يمنع وجوب العقوبة عليه فاوجب الشرع الدية عليه صيانة للدم عن الهدر وفي ايجاب الكل على القاتل اجحاف به فيكون بمنزلة العقوبة وقد سقطت العقوبة عنه للعذر فضم الشرع اليه العاقلة لرفع معنى العقوبة وكذا في شبه العمد باعتبار ان الالة للتاديب لم يكن فعله محضور فصار محضا حتى لا يجب عليه القود فلا يكون جميع الدية عليه في ماله دفعا للعقوبة عنه ولكن تجب الدية هنا مغلظة ابانة لمعنى العمدية ووجبت على العاقلة دفعا للعقوبة عن القاتل وانما خصوا بالضم لان مثل هذا الفعل لا يكون الا بتقريب استهانته وقلة مبالاته وتقصيره في التحرز وذا انما يكون بقوة يجدها المرء في نفسه بكثرة اعوانه وانصاره فتبرع عاقلته فخصوا به وان لم يجعلها للتعاون والتناصر والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان عليهم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحي على لسان نبي ولا نبي بعده ولانه صلة والاقارب احق بالصلات كالارث والنفقات ولنا ان عمر رضي الله عنه فرض العقل على اهل الديوان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر وكان ذلك اجماعا منهم فان قيل كيف ينعقد الاجماع على خلاف ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا هذا اجماع على وفاق ما قضى به.

واتمام

رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قضى على العشيرة
باعتبار النصرة وقد كان قوة المرء يومئذ ونصرته بعشيرته ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين
صارت القوة والنصرة بالدواوين فلهذا قضوا بالدية على اهل الديوان فان كان القاتل من
قوم يتناصرون بالقبائل بغير ذلك وان كان يتناصرون بالحرفة فعاقلته اهل حرفته وان كانوا
يتناصرون بالحلف فاهله لان المعنى متى عقل في الحكم الشرعي يتعدى الحكم بذلك المعنى الى
الفروع والوجوب عليهم بطريق الصلة كما قال فالاخذ فيما هو صلة وهو العطا اولى من
الجاهلية في اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمر رضي الله عنه
لان الاخذ من العطا للتخفيف والعطا يخرج في كل سنة مرة فان خرجت العطايا في اكثر من
ثلاث سنين او اقل اخذ منها وهذا اذا كانت العطايا بالسنين المستقبلة بعد القضا بالدية
حتى لو جمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضا لا يؤخذ منها لان الوجوب
بالقضا لامر عليه غير معلوم لان في العاقلة كلاما فلا يتعين الا بالقضا ولو خرج للقاتل
ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لوجود محل اداء الدية
فلا فائدة في التاخير واذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة ومتى كان الواجب
بالقتل ثلث الدية في النفس او اقل من ذلك كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين
في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية
او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين لان تقويم النفس بالمال
غير معقول وانما عرف ذلك شرعا والشرع انما ورد بايجاب الدية مؤجلة في ثلث سنين فعلينا
اتباعه وقال الشافعي ما وجب في ماله فهو حال لانه جعل التاجيل للتخفيف لاجل
على العاقلة فلا يثبت ذلك اذا كان القتل عمدا محضا وان قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد
عشر الدية في ثلاث سنين لان ما يجب على كل واحد منهم بدل نفسه وبدل النفس يكون مؤجلا
في ثلاث سنين فيعتبر الجزء منه بالكل وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضا بالدية لا
ثبوت الاجل يبتني على وجوب المال والمال انما يجب بالقضا اذ الواجب الاصلي المثل ومثل
النفس نفس الا انه اذا رفع الى القاضي تحقق العجز عن استيفاء النفس فيتحول الحق بقضائه الى

المال

المال فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بالقضا وان
كان رد عينه متعذرا قبل القضا ولكن الحكم جعل الواجب رد العين الا ان يتحول القاضي
الى القيمة بالقضا ولهذا لو هلك الولد قبل القضا لم يضمن شيئا ومن لم يكن من اهل
الديوان فعاقلته قبيلته اي عشائره واقاربه لان نصرته بالقبيلة وهي المعتبرة في التعاقل
فصار حاله كحال من كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا انه قضى بالعقل
على الاقارب تقسم عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل واحد منهم في كل سنة الا درهم
او ثلث درهم فلا يزاد على كل واحد من كل الدية في ثلث سنين على ثلاثة او اربعة كذا
ذكر في المبسوط وذكر القدوري في مختصره تقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد
الواحد على اربعة دراهم في سنة وينقص منها وهذا يشير الى انه يزاد على اربعة
من كل الدية والصحيح هو الاول فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل
نسبا تحقيقا للتخفيف وتفاديا عن الاجحاف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب
العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لانهم
اقرب وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة
او اربعة وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا
حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا نابهم امر الاقرب
فالاقرب وذلك مفوض الى الامام وهذا عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد منهم
لا يكون اقل من نصف دينار لانها صلة واجبة شرعا فتعتبر بالزكاة وادنى ما يجب في الزكاة نصف
دينار او خمسة دراهم ولنا ان الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وذا في القليل دون الكثير
وهذه صلة امروا باداها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب في الزكاة بل
ينقص من ذلك الا ترى انها لا تجب في اصول اموالهم وانما تجب فيما هو صلة وهو العطا
تحقيقا للتخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية عليهم في ارزاقهم في
ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم قائم مقام العطا والعطا انما كان محلا
لقضا الدية منه لانه صلة تخرج لهم من بيت المال وهذا موجود في الرزق ثم ينظر فان كانت ارزاقهم

يخرج في كل سنة فكما خرج رزق يوخذ منه الثلث وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد
القضاء يوخذ منهم سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يوخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى
يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج الرزق بعد قضاء القاضي بيوم او اكثر اخذ
من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كان لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت
عليهم الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم لان الارزاق انما كانت محلا خلفا عن الاعطيات
ولا يصار الى الخلف مع وجود الاصل وهذا لان الارزاق لهم لكفاية الوقت فاخذ شي من
ذلك منهم يودي الى الاضرار بهم وبعيالهم فاما الاعطيات فليست للكفاية للوقت ولكن
لنا ليقويهم حتى يكونوا متمنعين في الديوان فايمن بالنصرة فيتيسر عليهم الاداء منها وادخل
القاتل مع العاقلة فيكون فيما يودي كاحدهم وقال الشافعي ليس على القاتل شي من
الدية لان الخطا مرفوع بالحديث المعروف وانما يتحقق ذلك اذا لم يكن شي من الدية عليه واعتبر
الجزء بالكل فالمعنى الذي يوجب سائر الاجزاء عنه يقتضي نفي هذا الجزء عنه ولنا
ان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف وذا في الكل لا في الجزء لان الوجوب عليهم باعتبار
النصرة ولا اشكال انه ينصر نفسه كما ينصر غيره وغير الجاني ابعد من المواخذة من الجاني المعذور
فاذا وجب على واحد من العاقلة جزء من الدية انه يرى وقد قال الله تعالى ولا تزر وازرة
وزر اخرى فلان يجب عليه وهو جان اولى وليس على النساء والذرية ممن كان له عطاء في
الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان العقل
انما يجب على اهل النصرة لتقصيرهم في مراقبته وكفه عن مثل هذا الفعل ولا تناصر بالصبيان
والنساء وانما يفرض لهما من العطاء معونة لهما لا للنصرة كما فرض عمر رضي الله عنه لازواج
رسول الله صلى الله عليه وسلم العطاء في الديوان وكان يوصل اليهن في كل سنة وعلى
هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شي عليهما من الدية كذا في المبسوط وقد مر ان القاتل
كاحد العاقلة عند المتاخرين ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر اخر يريد به اذا كان لاهل
كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان تناصرهم باعتبار القرب في
السكنى فاهل مصر اقرب من اهل مصر اخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم وقراهم لانهم اتباع
لهم

لهم فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فاهل المصر يعقلون عنهم باعتبار معنى القرب والنصرة
ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه انما يستنصر باهل ديوانه
لا بجيرانه الا ترى ان القرب في السكنى لا يكون اقوى من قرب القرابة ولو ان اخوين لاب وام
ولاحدهما ديوان بالكوفة وديوان الاخر بالبصرة لم يعقل احدهما عن صاحبه وانما يعقل كل
واحد منهما اهل ديوانه والاصل ان التناصر بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة
بالقرابة والنسب والولاء والقرب في السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما مر
وعلى هذا يخرج مسائل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له عطاء في الديوان واهل
البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر وان لم يكن له فيه عطاء قبل
عقلوا عنه سواء كان قريبا لهم او لم يكن لانه اذا كان بين ظهرانيهم صار كالقريب والحليف لهم
لانهم هم الذين يقومون بنصرة اهل المصر والذب عنهم ولا يخصون بذلك من كان له في المصر عطاء
فكانوا عاقلة جميع اهل المصر وقيل المراد به من كان قريبا لهم والبه الانسان في مولده واهل
البادية اقرب اليه فكان الوجوب عليهم باعتبار القرابة وان اهل البادية اقرب نسبا فهم اقرب
مكانا فكانوا اقدر على النصرة وصار كصغيرة لها وليان احدهما اقرب وهو غائب غيبة منقطعة
فان ولاية النكاح الى الابعد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها ولو كان البدوي نازلا في المصر وليس
له مسكن في المصر لا يعقل عنه اهل العطاء لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان
لا يعقل اهل البادية عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينتصر بهم اذا لم يكن مسكنه فيهم وان كان لاهل
الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم
لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات ومعنى التناصر الذي يبنى عليه العقل يوجد
فيهم كما يوجد فينا وان لم يكن لهم عاقلة معروفة يتعاقلون بها فالدية في ماله في ثلاث سنين
من يوم يقضى عليه بها كما في المسلم وهذا لان اصل الوجوب على القاتل وانما يتحول الى العاقلة
اذا وجدت فاذا لم يوجد بقيت عليه بمنزلة مسلم في دار الحرب قتل مسلما خطا وهناك تاجران
فيها فانه يقضى بالدية عليه في ماله لان من يكون في دار الحرب فاهل دار الاسلام لا يعقلون عنه
لم يكن ويمكنه من هذا الفعل بنصرتهم ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم والكفار يتعاقلون

فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان التعاقل يبتني على الموالاة والتناصر وذا لا يكون عند اختلاف الملل
وانما يكون عند اتحادها والكفر كله ملة واحدة قالوا وهذا اذا لم تكن المعاداة فيهم ظاهرة اما اذا
كانت ظاهرة كاليهود مع النصارى فينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض هكذا روي عن ابي يوسف لما
بينا وان كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فلم يقض بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر
يقضى بالدية على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان موجب الجناية قد لحقه مرة
وعاقلته اهل ديوان الكوفة وبعد ما حول الى ديوان البصرة لم يوجد منه جناية وصار كما لو قضى
بالدية على عاقلته بالكوفة ثم حول الى ديوان البصرة قبل استيفاء شيء فان الدية تكون على عاقلته
من اهل الكوفة ولنا ان المال لا يجب بنفس القتل وانما يجب بالقضاء على ما قررنا ان الواجب
هو المثل وانما ينتقل الى المال بالقضاء واصل الوجوب على القاتل وبعد ما وجب عليه يتحمل عنه عاقلته
واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء لان الوجوب قد تقرر عليهم فلا يتحول الى غيرهم بعد القضاء
بعد ذلك ثم اذا تحول تؤخذ حصة القاتل من عطائه بالبصرة لان الدية تؤخذ من العطايا وعطاؤه
بالبصرة ولو قلّت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل في
النسب حتى يعقلوا معهم دفعا للاجحاف عنهم ولا ينتقل العاقلة بعد القضاء بتحول الرجل
بعطائه من بلد الى بلد حيث يحول الجاني ثم يوم يتم بعد القضاء عليهم بعلة العلة ولا يجوز النقل بعد
القضاء من بلد الى بلد والفرق ان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين
لما قضي من الواجب عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وان كان مسكنه بالكوفة وليس
له عطاء فقتل رجلا خطأ فلم يقض عليه بها حتى تحول من الكوفة واستوطن البصرة فانه يقضى بالدية
على عاقلته بالبصرة ولو كان قضى بها على عاقلته بالكوفة لم ينتقل عنهم لان من لا عطاء له اذا سكن
مصرا فعاقلته اهل ديوان ذلك المصر بمنزلة من له عطاء وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل
قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان فان كان ذلك بعد القضاء على عاقلته بالبادية لم يتحول
عنهم لان الجاني هو القاتل لا العاقلة فانما يكون على عاقلته اذا قضي بها عليهم ولو ان قوما من اهل
البادية قضي عليهم بالدية في اموالهم في ثلاث سنين فادوا الثلث او اكثر او لم يؤدوا شيئا
حتى جعلهم الامام في العطاء صارت الدية عليهم في اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم

لانه

لانه ليس في جعل الدية في اعطياتهم نقض للقضاء الاول لانه قضى بالدية عليهم في اموالهم واعطياتهم
اموالهم الا انهم يؤدون الدية من ايسر الاموال اذ الاداء من العطاء في حال صاروا من اهل العطاء
ايسر وهذا اذا كان العطاء من جنس ما قضي به عليهم ان قضي عليهم بالدراهم والعطاء دراهم
اما اذا لم يكن من جنسه بان قضى بالابل والعطاء دراهم لم تحول دراهم ابدا لانا لو حولناها دراهم
يؤدي الى ابطال القضاء الاول ولكن يؤدى ذلك من مال العطاء لان الاداء منه ايسر وعاقلة
المعتق قبيلة مولاه لان نصرته بهم يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم ومولى الموالاة
يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه يتناصر بهم وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولاء ولا تعقل العاقلة
اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر وصاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة
عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف
عشر بدل النفس ولان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف عن الجاني وذلك في الكثير دون القليل
فلهذا اوجبنا الكثير دون القليل والفاصل بينهما ارش الموضحة بالنص وما دون ذلك يكون في
مال الجاني والقياس فيه احد الشيئين اما التسوية بين الكثير والقليل في ايجاب الكل على العاقلة
كما ذهب اليه الشافعي او التسوية بينهما في ان لا يجب شيء على العاقلة كما في ضمان المال وتركناه
القياس بالسنة وانما جاءت السنة في ارش الجنين بالايجاب على العاقلة وارش الجنين نصف عشر
بدل الرجل فيقضى بذلك على العاقلة فما دونه يؤخذ بالقياس ولا تعقل العاقلة ما لزم بالصلح
او باعتراف الجاني لما روينا ولان الاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لانه لا ولاية له عليهم
الا ان يصدقوه لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع لحقهم وقد اقر بخطأ ولم يرفعوا
الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لان العقد الثابت بالاقرار
دون الثابت بالعيان وثم التأجيل من وقت القضاء فههنا اولى ولو تصادق الجاني وولي الجناية على ان
قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان
تصادقهما ليس بحجة على العاقلة ولم يكن عليه في ماله شيء لان تصادقهما على ان الواجب بقضاء
القاضي تقرر على العاقلة وبعد ما تقرر على العاقلة لا شيء عليه وتصادقهما حجة في حقهما الا ان
يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في مقدار حصته مقر على نفسه وفي حصة

العاقلة منه عليهم فيؤخذ بما ابرأ على نفسه واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ فهو على عاقلته
لانه ضمان الآدمي فيجب على العاقلة اذا كان القتل خطأ قياسا على الحر وقال الشافعي في قول
يجب على القاتل لانه بدل المال عنده حتى اوجب قيمته بالغة ما بلغت ولا خلاف في الحر والعبد
ان ضمانهما لا يجب على العاقلة لانه يسلك بها مسلك الاموال ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر
لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا تتحمل عن العاقلة عواقلهم فلذا لا تتحمل
جناية العبد عاقلة مولاه والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا
عبدا قال ابو حنيفة هو ان يجني العبد على حر وقال ابن ابي ليلى هو ان يجني الحر على العبد
وصوّبه الاصمعي وقال لو كان المعنى ما قال ابو حنيفة لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد
ولم يكن ولا تعقل عبدا وقال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة بان كان لقيطا او حربيا
فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته الا ترى انه اذا مات كان ميراثه لبيت المال
فكذا غرامته تكون في بيت المال لان الغرم بالغنم وعن ابي حنيفة ان الدية في ماله لان الاصل فيه
ان يكون ذلك عليه وانما يتحمل العاقلة عنه تخفيفا فاذا لم يكن له عاقلة بقي عليه وابن الملاعنة
يعقل عنه عاقلة امه لان نسبه ثابت منها فكانت عاقلته قوم الام فان عقلوا عنه ثم ادعاه
الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام
على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لانه عند اكذاب الاب نفسه يظهر ان النسب
لم يزل كان ثابتا من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين
انه تحمل جناية كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام
القاضي فيرجعون عليهم وصار حالهم مع عاقلة الاب كحال الكفيل في الجناية وقد مر ان الواجب من وقت
القضاء لا من وقت الجناية فكذا هنا وانما يرجعون في ثلاث سنين لانهم ادوا هكذا وكذا ان مات
المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وامه من امرأة حرة مولاة لبني تميم
والمكاتب رجل من همدان فعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون على عاقلة
الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حياته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب
الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالي ابيه وقد عقل عنهم قوم الام فيرجعون عليهم بالمو

ولذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر
ان كان الامر ثبت بالبينة وان ثبت الامر بالاقرار فانهم يرجعون عليه في ماله في ثلاث سنين
من يوم يقضي القاضي بها على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة تيسيرا وهذا اصل
ذكره في المبسوط وهو ان حال الجاني اذا تبدل حكما واسلم او والى ولا ينسب جناية لم
ينتقل جنايته عن الاولى قضى بها او لم يقض كالمولود من حر وعبد اذا جنى ثم اعتق الاب لم يتحول
الجناية عن عاقلة الام الى عاقلة الاب لانه انما صار الاب من اهل الولاء الآن وقد تقدمت
الجناية هذه الحالة بخلاف اكذاب الملاعن واداء بدل الكتابة بعد موته عن وفاء لانه يظهر انه
ثم كان مولى لقوم الاب من وقت الجناية حكما بثبوت النسب او بالولاء قبل ذلك وان ظهرت
حاله حقيقة مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الاخرى دفع القضاء بها او لم يقع ولو
لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت الى عاقلة الاخرى كان الاعتبار في ذلك لوقت
القضاء فان قضى بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها
على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية
قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه وعلى هذا الاصل تخرج مسائل كثيرة ذكرت في المبسوط

كتاب الوصايا ركن الوصية

قوله اوصيت بكذا لفلان وشرطها كون الموصي اهلا للتمليك والموصى له اهلا بعد موت
الموصي قابلا للتمليك وحكمها ان يملكه الموصى له ملكا جديدا كما يملك بالهبة والله اعلم

باب صفة الوصية

ماجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه الوصية مستحبة وقال بعض الناس واجبة
على كل من له يسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية ولنا انها شرعت
لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا وهي تبرع بعد الوفاة فتعتبر بالتبرع حالة الحياة وما نسخ
والقياس يأبى جوازها لانها تمليك مضافا الى حال زوال المالكية ولو كان مضافا الى حال قيام المالكية
بان قال ملكتك غدا كان باطلا او تمليك لا يصح فهذا اولى ولانها لو جازت فاما ان تزول عن ملك
الموصي وتدخل في ملك الموصى له قبل القبول كالارث وهو باطل لانه لا قدرة للعبد على ازالة ملكه

الى غيره بغير رضاه او بزوال عن ملك الموصي ولا يدخل في ملك الموصى له ما لم يقبل وفيه جعل كونه
مملوكا بلا مالك او لا يزول عن ملك الموصي بل يبقى على حكم ملكه الى ان يقبل وهو باطل ايضا لان الميت
ليس باهل للملك الا انا استحسنا جوازه بالكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم فضعوها
حيث احببتم واجماع الامة وحاجة بعض الناس اليها وهذا لان من نور الله تعالى بصيرته حتى نظر الى
الدنيا بعين الفنا والانتهاء والى العقبى بعين الخلود والبقا اثر ماله في حيوته ابتغاء للحسنى ونيلا للزلفى
ومن جبل على الشح واستغرق الاشغال حسبه الامل ولا يفارق ماله عن نفسه وان تواتر في رتبته
ومن نوى تحصيل الاخرين ولم يترك ساحة الاولين يريد ان ينتفع بماله مدة الحيوة ثم بعد موته
يصرفه الى الخيرات والمبرات فيحتاج الى تصرف يحوي هذا الغرض فلذا اشرعت الوصية في المرض وقد
بقي المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والتكفين والدين وهو استحلال في غيره
ماله من العبد فيجوز كما يجوز استحلاف الشرع ثم يصح للاجنبي في الثلث بغير اجازة الورثة لما روينا
ولا يصح فيما زاد على الثلث لان سعدا قال للنبي صلى الله عليه وسلم اوصي بجميع مالي قال لا
قال اوصي بنصف مالي قال لا قال اوصي بثلث مالي قال الثلث والثلث كثير ولانه انعقد سببا
لزوال املاكه عنه الى غيره ولان المرض سبب الموت وبالموت يزول املاكه لاستغنائه عنه ولو
كفق السبب من كل وجه فاذا انعقد يثبت ضرب حق وكان القياس ان لا يملك المريض الا بما
لما قلنا الا ان الشرع جوز في قدر الثلث للاجانب نظرا له ليتلافى ما فرط منه من التفريط في
حيوته لا للورثة لئلا يتاذى بعض الورثة بايثار البعض وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية
من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث الا ان تجيزها الورثة بعد موته
وهم كبار لان عدم الجواز لحقهم وقد اسقطوه ولا يعتبر باجازتهم في حيوة الموصي لان اسقاط
الحق قبل وجود السبب لا يجوز وهذا لان نفس المرض ليس بسبب لتعلق الحق بل السبب
مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت لا يكون سببا فكان لهم ان يردوه
بعد موته وقال مالك ليس لهم ان يردوه بعد موته لانهم قد ابطلوا حقهم فبطل ولا
يعود لان الساقط لا يعود ولنا ان ابطالهم لا يجوز لما مر بخلاف ما اذا اجازوا

بعد

بعد الموت فانه ليس لهم ان يرجعوا عنه لانه بعد ثبوت الحق ثم يستند الى اول المرض فكان
ثابتا عند الاجازة لكن الاستناد لا يعمل الا في القائم ونقض فيهم حق وقع اجازة وقع لغوا لانه
لا حق لهم حينئذ فلا يثبت له حكم الاجازة ولئن ظهر انه كان ثابتا وكل ذلك الحق يتعلق حقيقة عند الموت
فلو اعملنا اجازتهم لابطلنا الحقيقة بعد الموت والرضا ببطلان مجرد الحق لا يدل على الرضا
ببطلان حقيقته ملك يظهر بعده وكذا ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية ان اجازوا
بعد الموت ليس لهم ان يرجعوا عنها وان اجازوا في حال الحيوة فلهم ان يرجعوا بعد الموت
وكل ما جاز باجازة الوارث فانه يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا حتى تم بغير قبض ولا يمنع
الشيوع صحة الاجازة وليس للوارث ان يرجع فيه وعند الشافعي يتملكه من الوارث ابتداء
حتى لا يتم الا بالقبض عنده لنا ان قدر الثلثين صار ملكا للوارث بنفس الموت لان الملك
يثبت بغير قبول الوارث ولا يرتد بالرد فاجازته تكون اخراجا للمال بغير عوض وهو هبة فلا يتم
الا بالقبض ولنا ان تصرف الموصي صادف ملكه وامتنع نفوذه لقيام حق الغير فيه فكانت
الاجازة اسقاطا لحقه ثم ينفذ التصرف على الوجه الذي باشره المتصرف كالراهن يبيع المرهون
فيجيزه المرتهن ولا تصح للقاتل عمدا كان او خطاء بعد ان كان مباشرا وقال مالك والشافعي
تصح لانه تمليك المال بالعقد فالقتل لا يبطله كالتمليك بالهبة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا وصية للقاتل ولانه قصد الاستعجال بفعل محظور فيعاقب بالحرمان كالميراث وعلى هذا
الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي بطلت الوصية عندنا وعنده لا تبطل وان اجازتها
الورثة جازت عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا تجوز لان الوصية اخت الميراث ولا ميراث
للقاتل وان رضي به الورثة فكذا الوصية ولان الحرمان شرع عقوبة على جنايته وهي باقية
ولهما ان عدم الجواز لحق الورثة لانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم ولان
نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان تجيزه الورثة ولان في وصيته لبعض الورثة ايثارا له
على سائر الورثة وفيه قطيعة الرحم وهو جنف لما روينا ويعتبر كونه وارثا او غير وارث
وقت الموت لا وقت الوصية لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت فانما يثبت حكمه بعد الموت
ولان المانع صفة الوراثة ولا يعرف ذلك الا عند الموت فلو اوصى لرجل وهو وارث يوم اوصى

ثم صار غير وارث او كان غير وارث يوم اوصى ثم صار وارثا ومات الموصي ينظر الى يوم موت الموصي
فان كان الموصى له وارثه لم تجز الوصية وان لم يكن وارثه جازت الوصية والهبة في المرض للوارث
تبطل الوصية لانها وصية حكما حتى تعتبر من الثلث في حق الاجنبي ولا تصح للوارث اصلا واقرار
المريض للوارث على عكسه اي تعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب
حادث بعد الاقرار صح الاقرار وان ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار لانه تصرف
في الحال ولهذا يملكه المقر له المقر به في الحال ويصح رده في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار الا ان
تجيزها الورثة لما روينا ولان عدم الجواز لحقهم وقد اسقطوا حقهم فيجوز ولو اجاز البعض
دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته ويبطل في حق غيره لان له ولاية على نفسه دون غيره
ويجوز ان يوصي المسلم للذمي وبالعكس فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين الاية والثاني لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات حتى جاز التبرع من الجانبين
في حالة الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لحربي وهو في دارهم باطلة لانها برّ وصلة
وقد نهينا عن برّ من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية وفي السير الكبير
ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل ولو فعل جاز وقبول الوصية بعد
الموت فان قبلها الموصى له في حال الحياة او ردها فهو باطل حتى لو قال في حياة الموصي لا اقبل
ثم قبل بعد موته صح قبوله عندنا وعند زفر اذا رده في حياته لم يصح قبوله بعد موته لان الايجاب
كان في الحياة وقد رده فيبطل ولنا ان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لانه تمليك مضاف الى ما
بعد الموت فيعتبر القبول والرد بعد الموت لا قبله كما لا يعتبر قبل العقد الا ترى انه لو قال لامرأته
انت طالق غدا على الف فالقبول والرد منها عند مجيء الغد ويستحب ان يوصي الانسان بما دون
الثلث لان في التنقيص من الثلث صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه لا صلة
لانه استوفى تمام حقه وايثار ترك الوصية بما زاد على الثلث لعجزه عن تنفيذه شرعا واصله لهم
انما يكون اذا ترك لهم ما يملك صرفه الى غيرهم ثم الوصية من الثلث اولى من تركها اذا كانت الورثة
اغنياء او يستغنون بنصيبهم لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي والهبة للقريب والاول اولى
لانه يبتغي بها رضا الله تعالى وقيل يتخير لان احدهما صدقة والاخرى صلة فاشتمل كل واحد منهما

على فضيلة فيجوز بين الجنسين وان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لان
ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية والوصية صدقة على الاجنبي والاولى اولى لقوله
صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقر والقرابة والموصى له
يملك بالقبول فان قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي يثبت الملك له في الموصى به قبضه او لم يقبضه
وان ردّ الموصى له الوصية بطلت برده عندنا وقال زفر رحمه الله والشافعي في قول لا تبطل
لان الملك بالوصية كالملك بالارث على معنى ان كل واحد منهما خلافة يثبت عقيب الموت ثم الارث
يثبت من غير قبول ولا يرتد برد الوارث فكذا الوصية ولنا انه تمليك المال بالعقد
فلا يثبت الا بالقبول او ما يقوم مقامه كالتمليك بسائر العقود وهذا لان الملك يثبت للموصى
له ابتداء ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله بخلاف الميراث لانه يبقى للوارث الذي كان
ثابتا للمورث حتى يرد بالعيب ويرد عليه والبقاء لا يستدعي سببا مبتدأ الا مسألة واحدة وهي
ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس
ان تبطل الوصية لان الملك موقوف على القبول وقد امتنع القبول بالموت فصار كالموجب
البائع البيع فمات المشتري قبل قبوله وجه الاستحسان ان الوصية تمت من جانب الموصي بموته
تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما التوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع
المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز
الوصية لان قضاء الدين فرض والوصية تبرع والفرض مقدم على التبرع الا ان يبرئه الغرماء
لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية ولا تصح وصية الصبي سواء مات قبل الادراك او بعد
وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية غلام يافع
او يافع وهو الذي قارب البلوغ ولم يبلغ بعد ولانه انما لا تصح تبرعه في حياته نظرا له حتى
يبقى له المال فيصرفه الى حوائجه ومعنى النظر له في تنفيذ وصيته لانه يكتسب به الزلفى والدرجة
العليا بعدما استغنى عن المال ولان الوصية اخت الميراث والصبي في الارث عنه بعد
موته مساوٍ للبالغ فكذا في الوصية ولنا انها تبرع ولا تصح من الصبي كالهبة والصدقة
وهذا لان اعتبار عقله فيما هو نفعه دون ما يضره الا ترى انه لا يعتبر عقله في حق الطلاق

والعتاق لان ذلك تبرع باعتبار اصل الوضع وكذا التمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار اصل
الوضع وان كان يقع نافعا باعتبار الحال والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات
لا الى ما يتفق بحكم الحال الا يرى ان الطلاق قد ينفعه في بعض الاحوال بان يطلق امراة المعسرة
ويتزوج باختها الموسرة ومع هذا لا يملكه ولا وصيه وتاويل الاثر انه كان قريب العهد بالبلوغ
ومثله يسمى يافعا بطريق المجاز او كان وصيته بتجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب
بالترك على ورثته كما مر وكذا لو قال الصبي اذا ادركت فثلثي لفلان وصية لان قول الصبي هدر
في التبرعات لقصور اهليته كما هو هدر في الطلاق والعتاق ثم لا يصح منه اضافة الطلاق والعتاق
الى ما بعد البلوغ لا يصح تنجيزهما فكذا اضافة التبرع وهذا بخلاف العبد والمكاتب اذا قال
اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان لانهما مخاطبان ولهما قول ملزم في حق انفسهما فيصح منهما
اضافة التبرع الى حال حقيقة الملك وزوال المانع اما الصبي فغير مخاطب وليس له قول ملزم في البر
اصلا وفي تصحيحه قول بالزام قوله ولا يصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لانه ليس باهل
للتبرع وقيل لا يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح وهو نظير ما لو قال المكاتب كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق وملك مملوكا وعلى الخلاف وان اوصى الصبي والمكاتب ثم بلغ او عتق
واجاز يصح بطريق الابتداء لان الوصية تنعقد بلفظ الاجازة كالوكالة بخلاف اجازة التزويج والهبة
والصدقة وتجوز الوصية للحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان
الوصية اخت الميراث لانها استحقاق من وجه اذ الموصى له يخلفه في بعض ماله كالارث ولهذا لا
يحتاجان الى القبض والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية الا انها ترتد بالرد لما فيها
من معنى التمليك بخلاف الارث لانه استحقاق مطلق وهذا بخلاف الهبة للحمل حيث لا يصح لانها
تمليك محض ولا يصح الا بقبول وقبض ولا ينوب قبض الاب وقبوله عنه لانه لا يكون الا
لولايته ولا ولاية لاحد على الحمل لاستغنائه عنها فان قيل الوصية تحتاج الى القبول
وهو ليس من اهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة لما بينا فلشبهها
بالهبة اذا احتملت لمن يتصور القبول منه عملا بالتشبيه واما الثاني فلانه يجري فيه الوراثة
فيجري فيه الوصايا لما مر ان الوصية اخت الميراث وقد بينا وجوده يوم الموت متى جاءت

شرط القبول منه [illegible] اذا احتملت [illegible] القبول

بالولد

بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت ومن اوصى بامة الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم
الوصية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افردها بالوصية صح افراده
فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في الملفوظ قلنا
يكفي لصحته التزكي بدونه كما في استثناء ابليس على ان صحته لا يفتقر الى التناول اللفظي بدليل استثناء
قفيز حنطة من الف درهم ولان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا يصح استثناؤه
لما مر في البيوع ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه ويصح للموصي الرجوع عن الوصية لانها
تبرع مضاف الى ما بعد الموت والتبرع النافذ قابل للرجوع فالمضاف الى ما بعد الموت اولى ولان
القبول يتوقف على الموت ويصح ابطال الايجاب قبل القبول كما في البيع ثم الرجوع قد يثبت صريحا
وقد يثبت دلالة فالاول بان يقول رجعت او نحوه والثاني بان يفعل فعلا يدل على الرجوع لا
يعمل عمل الصريح فيقوم مقامه وهذا كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل بان يصرح الابطال وطورا
بدلالته ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا
لانه لما اثر في قطع الملك فلان يوثر في المنع اولى وكذا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن
تسليمه الا بها فهو رجوع اذا فعله وكذا كل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع اذا ثبت هذا
فنقول اذا اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن فغزله او بغزل فنسجه او بحديد فاتخذه
اناء فهو رجوع لان العين التي تعلقت بها الوصية صارت عينا اخرى حتى ينقطع ملك المغصوب
منه بهذه التصرفات ولو اوصى بسويق فلته بسمن او بدار فبنى فيها او بقطن فحشا به او ببطانة
فبطن بها قباء او بظهارة فظهر بها ثوبا بطلت الوصية لانه لا يمكنه تسليمه بدونه وحله متعذر
ونقض ما صنع غير ممكن لانه حصل في ملك الموصي من جهته فكان رجوعا بخلاف تجصيص الدار
الموصى بها وهدم بنائها لان التجصيص تصرف في تبعها وتبعت الوصية به لانه تصرف في
البناء والبناء تبع والتصرف في التبع لا يدل على اسقاط الحق عن الاصل وكذا هدم البناء تصرف
في التابع ولو باع العين الموصى بها ثم اشتراها او وهبها ثم رجع فيها بطلت الوصية لانه
بالبيع والهبة زال الملك والعائد اليه في حكم ملك جديد وكذا ذبح الشاة الموصى بها رجوع لان ذلك
الفعل يدل على انه اعدها لصرفها الى حاجته فصار هذا اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا

يكون رجوعاً إلا أن غسل الثوب لإزالة الدرن فهو مما يقرر الوصية لا دليل الرجوع لأن من أراد
أن يعطي إنساناً ثوباً يغسله عادة ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً كذا في الجامع الكبير وذكر في المبسوط
أنه رجوع فيحمل ما ذكر في الجامع محمول على أن الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعاً
على الروايات كلها وما ذكر في المبسوط محمول على أن الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته
يكون رجوعاً وقيل في المسألة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر
في المبسوط قول أبي يوسف وهو الأصح لأبي يوسف أن الرجوع نفي للوصية في الحال والجحود
نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعاً ألا ترى أن جحود الوكالة عزل وجحود المتبايعين إقالة
ولمحمد أن الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه إذ الجحود
نفي لأصل العقد فلو كان الجحود رجوعاً لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال أو
يقال العدم في السابق من لوازم الجحود والوجود في السابق من لوازم الرجوع وتنافي اللوازم
يستلزم تنافي الملزومين ولا يلزم أحد المحالين وهو الجمع بين المتنافيين أو وجود الملزوم بدون اللازم
وكان بين الجحود والرجوع منافاة ضرورة كونهما ملزومين فلا يكون الجحود رجوعاً لأن أحد المتنافيين لا يكون
مستلزماً للآخر ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام
أو ربوا لم يكن رجوعاً لأن ما وصفه يقتضي وجود أصل الوصية بخلاف ما لو قال فهي باطلة لأن الوصية
متى انتقضت بوصف بالبطلان فقد وصفها بما ينفي بعد العقد فيتضمن النقض ولو قال أخرتها لا يكون
رجوعاً ولو قال تركتها فهو رجوع لأن ترك الشيء إسقاط له أما التأخير فليس بإسقاط ألا ترى أن
رب الدين إذا قال لمديونه تركت لك دينك كان إبراء ولو قال له أخرت عنك لا يكون إبراء
كذا في المحيط ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو رجوع لأن اللفظ يدل على قطع الشركة
وإثبات التخصيص له فاقتضى رجوعاً عن الأول بخلاف ما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لأن اللفظ
صالح للشركة والمحل يقبلها وكذا لو قال فهو لفلان وارثي فهو رجوع عن الوصية الأولى وتكون
وصية للوارث ثم الورثة بالخيار إن شاؤوا أجازوا وإن شاؤوا ردوا ولو كان فلان الآخر ميتاً حين
أوصى فالوصية الأولى على حالها لأن بطلان الأولى من ضرورات الإثبات للثاني فإذا لم يثبت للثاني فهي
للأولى على حالها ولو كان فلان حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي لورثة الموصي لبطلان الوصيتين

لأنه

لأنه لما أثبت للثاني كان رجوعاً عن الأول فبطلت في حق الأول وصحت في حق الثاني ثم بطلت
بموته قبل موت الموصي ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لعقب زيد ومات زيد قبل الموصي
وله عقب ثم مات الموصي له فهي لعقب زيد ويكون رجوعاً **باب الوصية بثلث المال ونحوه**
وإن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لأنهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقيهما فيكون بينهما وإن أوصى لأحدهما بثلث ماله ولآخر بكل
ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة وعندهما الثلث بينهما على أربعة ثلاثة أسهم
للموصى له بالكل وسهم للموصى له بالثلث وإن أوصى لأحدهما بثلث والآخر بنصف ماله ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما نصفان عنده وعندهما على خمسة أسهم سهمان لصاحب الثلث لأنه يجعل كل سدس
سهماً وثلاثة أسهم لصاحب النصف وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً
عندهم وأصله أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث إذا لم تجز الورثة
عند أبي حنيفة إلا في المحاباة بأن باع شيئاً وحابى فيه محاباة هي أكثر من الثلث وأوصى لآخر بثلث
ماله فإن صاحب المحاباة يضرب في الثلث بجميع المحاباة والسعاية بأن أعتق المريض عبداً قيمته
مثل نصف ماله وأوصى لآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فإن العبد يضرب بجميع قيمته بالثلث بالغاً
ما بلغ والدراهم المرسلة بأن أوصى لرجل بألف ولآخر بخمسمائة وثلث ماله خمسمائة ولم تجز الورثة
فالموصى له بالألف يضرب في الثلث بالألف والموصى له بخمسمائة يضرب في الثلث بخمسمائة فيكون الثلث
بينهما أثلاثاً وأجمعوا أن الوصايا إذا كانت لا تزيد كل واحد على الثلث بأن أوصى لرجل بثلث
ماله ولآخر بسدس ماله أن كل واحد منهما يضرب في الثلث بجميع وصيته ولا يقسم الثلث بينهم
على السواء بل يقسمه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً فصار
ثلاثة أسهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر لهما في الخلافية أن الموصي قصد شيئين
سلامة ما سمى عند عدم إجازة الورثة ولم يتعذر في الفضل شيء كما في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة وله أن الضرب أثر الاستحقاق فإذا بطل الأصل فيما بطل لأنه لم يصادف
المحل لأن محل نفاذ الوصية الثلث شرعاً بطل الأثر أيضاً إذ الضرب بالوصية الباطلة
باطل بخلاف مواضع الإجماع لأنه لم يظهر أن التصرف لم يصادف محله لأن حق الورثة في أعيان

ماله و

التركة دون الدراهم المرسلة والوجيبة بالعاينة بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لانه وصية
بالثمن فصار بمنزلة المال المرسل ويتصور تنفيذ الكل بدون اجازة الورثة بان يكثر مال الميت بخلاف
مواضع الخلاف فان قيل هذا فاسد فالخلاف ثابت فيما اذا اوصى بعبد بعينه لانسان قيمته
الف وبعبد اخر بعينه لانسان قيمته الفان ولا مال له سواهما وتعذر تصور الوصية لكل واحد
منهما في جميع ما سماه بدون اجازة الورثة بان يكثر مال الميت فيخرج العبدان من الثلث قلنا
نعم ولكن وصيتهما بعين التركة وكانت التركة واقعة في حق الورثة الا ترى انه لا يبيح الا بعد قيام
ملكه في العين عند الوصية وبطل بهلاكهما وان استفاد مالا اخر بخلاف الوصية بالدراهم
المرسلة لانها صحيحة وان لم يكن في ملكه مال عند الوصية ولو هلكت التركة ينفذ فيما استفاد من المال
فلم يكن متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة فان اوصى
بمثل نصيب ابنه فالوصية جائزة وقال زفر يجوز فيهما لان الكل ماله في الحال وذكر نصيب
الابن للتقدير ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف
مثل نصيب الابن لان مثل الشيء غيره وان كان يتقدر به ولو اوصى بسهم من ماله او بجزء من ماله
قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير لكن جهالة الموصى به لا تمنع
صحة الوصية والورثة قايمون مقام الموصي فاليهم البيان وهذا الذي ذكرنا اختيار المشايخ
بناء على عرفنا ان السهم كالجزء واما اصل الرواية فبخلافه فذكر في المبسوط اذا اوصى لرجل
بسهم من ماله فله مثل اخس سهام ورثته الا ان يكون اخس السهام اكثر من السدس فلا يزاد
عليه في قول ابي حنيفة وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من
السدس فحينئذ يعطى له السدس فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة النقصان عن السدس
ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان
عن السدس وقالا يعطى للموصى له اخس سهام الورثة الا ان يزيد على الثلث فحينئذ له الثلث
كذا ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه لهما ان السهم اسم لمقدر مجهول كالجزء ولا معتبر
لتقديره بالسدس وانما جعلناه عبارة عن نصيب احد الشركاء عند القسمة يسمى سهما وانما يصرف الى
الاخس لانه متيقن الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لان الوصية باكثر من الثلث لا ينفذ

عند عدم الاجازة وله ما روي ان ابن مسعود رضي الله عنه سئل عمن اوصى بسهم من ماله فقال له
السدس وروي ان رجلا اوصى بسهم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس واخذ ابو حنيفة
بهذا ولانه مطلق لفظ السهم في الوصية والاقرار الى السدس وقد قال جماعة من اهل اللغة
منهم اياس بن معوية ان السهم السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ايضا فيعطى له اقلهما
ومن قال سدس مالي لفلان وصية ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس اخر له ثلث مالي واجازه
الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس
او في مجلس اخر سدس مالي لفلان فله سدس واحد لانه عرف السدس بالاضافة ثم اعاده
فكان هو الاول لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاول يقول جاء زيد ثم
يقول اكرمت زيدا اي ذلك بعينه ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك
وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي فله كل ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي ومن اوصى بثلث ثلاثة
من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي عند ابي حنيفة وعندهما له هذا العبد بناء على
مسألة الرقيق ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله
لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة فان كانت الثياب
من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري القسمة جبرا فيها
والدور المختلفة كالثياب المختلفة عند ابي حنيفة لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها والفرق في
الحاصل فيه ان المال كان مشتركا بين الورثة والموصى له ابتداء والاصل ان المال المشترك
اذا هلك شيء منه يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة فصار كالرقيق والثياب والدور
والفرق لعلمائنا ان ما يحتمل القسمة فيه من جنس الجبر في الجملة وتمييزه قدر منها سواء كالعشر
من عشرة اقفزة حنطة والعشر منها سواء ولولا ذلك لم يكن للقاضي حق الجبر في القسمة ولم
يكن له تعيين حق احد الشريكين في درهمين في درهم واحد ولما صار للقاضي هذه الولاية ثبت ان
الجبر في الجملة بمنزلة قدر منها ولو سمى درهما من ثلاثة دراهم لوجب تسليم ما بقي لانه درهم مما
سمي والمال المشترك اذا هلك شيء منه يهلك على الشركة اذا استوى الحقان فاما اذا
تعذر احدهما على الاخر فالهلاك يصرف الى المؤخر حقه كما لو كان في التركة ديون ووصايا

وورثته ثم هلك بعض التركة يصرف الى الموصى جهته وهو اصحاب الوصايا والورثة لان الدين مقدم
على الكل وههنا الوصية مقدمة على الارث فيصرف الهلاك الى الارث اما الرقيق والثياب المختلفة
والدور كالف الدراهم في احتمال القسمة جبرا فلم يكن تسمية الثالث وتسمية العين سواء فصار
الجزء في كل واحد على الانفراد فاذا هلك اثنان بطل ما فيهما وبقي ثلث الباقي وقيل قولهما في الرقيق
والدور كقوله والثياب لا يجمع لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع ولا
اشبه للفقه الذي بيناه ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع
الى الموصى له لانه امكن ايصال كل مستحق الى حقه بلا بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين
وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الورثة فلو خصصناه
بالعين لبخسنا في حق الورثة لان للعين مزية على الدين اذ العين مال مطلق والدين مال في المآل
لا في الحال فكان تعديل النظر في الجانبين فيما قلنا ومن اوصى بثلث ماله لزيد وبكر وبكر ميت وهو
يعلم او لا يعلم او لزيد وبكر ان كان حيا وهو ميت او له ولمن كان في هذا البيت وليس فيه احد او له
ولعقبه او له ولولد بكر فمات ولده قبل موت الموصي او له ولعقب ولده او لمن افتقر من ولده ومات
شرطه عند موته فلزيد كله في هذه الصور لان المعدوم والميت لا يصلح مستحقا فلم يثبت المزاحمة
لزيد وصار كما لو اوصى لزيد وجدار وكذا العقب لان العقب من يعقبه بعد موته فيكون معدوما
في الحال وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لانه اذا لم يعلم فلم يرض للحي الا بنصف
الثلث بخلاف ما لو علم بموته لان الوصية وقعت له لغو فكان راضيا بالثلث كله للحي ولو قال ثلث
مالي بين زيد وبكر ان مت وهو حي او فقير فمات وهو ميت او غني او له ولبكر ان كان في البيت
ولم يكن فيه او له ولولد بكر فحدث له او كان فمات فحدث غيره او له ولولد فلان ان افتقر وافتقر
بعض ولد حتى مات الموصي او له ولورثته او لابني زيد وله ابن واحد ففي هذه الصور له نصف الثلث
اما الاول فلان كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل بعدم المزاحمة بخلاف قوله لفلان وفلان
لان العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف لحكم المزاحمة
فاذا زالت المزاحمة تكامل الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال
ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث واما الثاني والثالث فلان الوصية صحت لهما

اما

وثبتت المزاحمة لان بكرا معلوم فيدخل تحت الوصية وفوات الاستحقاق لفقد الشرط فلا يتكامل
وصية الاخر واما الرابع فلان الولد غير معين فيعتبر وجوده عند الموت فكان الثلث بينه
وبين بكر واما الخامس فلان الوصية صحت لهم وانما فات شرط الاستحقاق فلا يتكامل وصية
الاخر واما السادس وهو ان يوصي لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وبطلت الوصية
للوارث . ولان الوصية اضيف الى ما يملك والى ما لا يملك فيصح فيما يملك وبطل فيما لا
بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي
فكان الكل للحي اما الوارث فمن اهل الوصية حتى لو اجازت الورثة جازت فيزاحم الاجنبي
وعلى هذا اذا اوصى لقاتل ولاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر المريض لوارثه ولاجنبي بعين او دين
فانه باطل كله عند ابي حنيفة وابي يوسف بكل حال لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما
له فيصح في حق من يستحق منهما ولا يصح في حق من لا يستحق منهما ولا يكون من بطلان بعض الحكم
بطلان الايجاب كما اذا اوصى لرجلين ورد احدهما وقبله الاخر اما الاقرار فاخبار عن امر كائن
وقد اخبر بوصف الشركة فيما مضى فلو ثبت بهذا الوصف يصير الوارث فيه شريكا وانه ممتنع
ولو ثبت بدون هذا الوصف لثبت على خلاف ما اخبر به فيكون الزاما على المقر بغير ما اقر به وهو باطل
واما السابع فلان هذا الاسم لا يطلق على الواحد فكانه قال بين فلان وفلان واحدهما ميت
ولو قال ثلث مالي بين بني زيد وبني بكر وليس لاحدهما بنون فكل الثلث لبني الاخر لانه جعل كل الثلث
بينهم بخلاف قوله بين فلان وفلان لما مر ومن اوصى بثلث ماله لفلان ولا مال له فاكتسب مالا
استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيشترط وجود
المال عند الموت لا قبله وكذا لو كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما ذكرنا ولو اوصى له بثلث غنمه
فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل ولا ملكه بعد بطلت الوصية لما مر لانها ايجاب
بعد الموت فيعتبر قيامه عنده ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها عند الموت
وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال
تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل اذ المعتبر وجوده عند الموت
ولو قال شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما قال من مالي دل ان غرضه الوصية

بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يقل من مالي ولا غنم له قيل
لا يصح لانه لما لم يقل من مالي دل ان غرضه صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر
الشاة ولا شاة له دل ان غرضه المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له بطلت الوصية
لانه لما قال من غنمي دل ان غرضه عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم وعلى هذا يخرج كثير
من المسائل ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة من خمسة
اسهم وسهم للمساكين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقسم على سبعة اسهم للفقراء
سهمان وللامهات الاولاد ثلاثة اسهم واصله ان الوصية للفقراء والمساكين يتناول الواحد
منهم عند ابي حنيفة وابي يوسف لان اسم الجنس يتناول الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى
لا يحل لك النساء من بعد وقد تعذر صرفه الى الكل فتعين الواحد وعند محمد يتناول الجمع وادناه
اثنان فيما عرف في الوصايا والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت
وهن بعد الموت حرائر وانهما اثنان بدليل عطف احدهما على الاخر في النص ومقتضاه المغايرة
فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما وعنده سبعة ولو اوصى بثلثه لزيد وللمساكين فنصفه لزيد
ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين ولو اوصى بثلثه للمساكين له
صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين لما بينا ومن اوصى بثلث ماله لرجل
فقال لاخر اشركتك او ادخلتك معه فالثلث لهما وان اوصى بمائة لرجل ولاخر بمائة ثم قال لاخر
اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان مطلق الشركة المساواة قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث
وقد امكن فيما قلنا اما في الاول فظاهر وكذا في الثاني لانه يصيب كل واحد ثلثا مائة ولو اوصى
لرجل باربع مائة ولاخر بمائتين ثم قال لاخر اشركتك معهما فله نصف ما لكل لانه لا يمكن تحقيق المساواة
بين الكل فحمل على مساواته كل واحد بنصف نصيبه اعمالا للفظ بالقدر الممكن ومن حضره الموت فقال
لورثته لفلان علي دين فصدقوه فيما قال ثم مات فانه يصدق الى الثلث اي اذا ادعى الدين اكثر من
الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لانه امرهم بخلاف الشرع وهو تصديق
المدعي بلا حجة ولان قوله لفلان علي دين اقرار بالمجهول وان كان صحيحا ولكنه لا يحكم به الا بالبيان
وقد فات وجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بان

يوصي له ابتداء فيصح تسليطه ايضا بالاقرار له بدين مجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل
الحق عليه ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ وان كان
دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث دون الزيادة
فان اوصى بوصايا مع ذلك عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لاصحاب الوصايا
صدقوه فيما شئتم وقيل للورثة صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فهو لاصحاب الوصايا لانا
نبه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث
معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا
عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق
وابصر به والاخر الد واشح وربما يختلفون في الفضل اذا ادعى الخصم فاذا افرزنا قلنا علمنا ان
في التركة دينا شائعا في كل التركة فامر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا اخذ
اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل
فريق منهم اليمين على العلم ان ادعى المقر له الزيادة على ذلك لانه يحلف على ملك الغير ومن قال
اوصيت لفلان بهذا الثوب الجيد ولفلان بهذا الثوب الوسط ولفلان بهذا الثوب الردي
ثم مات الموصي ثم ضاع ثوب ولم يدر ايها هو وجحد الورثة بطلت الوصية ومعنى جحودهم ان
يقولوا لكل واحد بعينه اذا طلب ثوبه الثوب الذي هو حقك قد هلك فصار الموصى له مجهولا
لم يدر من هو وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين بل اذا
قالت الورثة سلمنا لكم هذين الثوبين فاقتسموها صحت لان الوصية قد كانت صحيحة وانما
بطلت لجهالة طارية موجبة للمنازعة وهي تحتمل الزوال بالتسليم اليهم فاذا اسلموا لاصحاب الوصايا
فكان لصاحب الجيد ثلثا الجيد ولصاحب الردي ثلثا الردي ولصاحب الوسط ثلث الجيد و
الردي لانه انما يقسم الثوبان بينهم الثلاث على هذا الوجه وهو ان ياخذ كل واحد منهم ثلثي الثوب
وانما تعين حق صاحب الجيد في الجيد لانه لا حق له في الردي بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الجيد
بان كان هو الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان كان هو الاجود فكان تنفيذ وصيته في
محل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق صاحب الردي في الردي لانه لا حق له في الجيد بيقين

ويحتمل ان حقه في الردي بان كان هو ردي الاصل ويحتمل ان يكون حقه في الضايع بان كان هو الاردي
فكان تنفيذ وصيته من محتمل يحتمل ان يكون حقه اولى وانما تعين حق الاخر في بيت كل واحد من النوعين لانه
لما اخذ صاحب الجيد بيتي الجيد وصاحب الردي بيتي الردي لم يبق الا بيت كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك
ضرورة ولانه يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان الضايع اجود فيكون هذا وسطا ويحتمل ان يكون
في الردي بان كان الضايع اردى فيكون هذا وسطا وكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه
كذا قرره صاحب الهداية في شرح الجامع الصغير واذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه
لرجل ثم مات الموصي فان الدار تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فالبيت للموصى له وان وقع
في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت فيما اصاب الموصي وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد ان وقع في نصيبه فللموصى له نصفه وان لم يقع فله مثل ذرع نصف البيت لانه اوصى ببيت مشترك
فكانت وصيته فيما يملك وفيما لا يملك فصحت فيما يملك وبطلت فيما لا يملك ولم تصح بحدوث ملكه فيه
كمن اوصى بدار غيره ثم ملكها ثم مات فان الوصية باطلة وهذا لانه حين اوصى بالبيت لم يكن له الا نصفه
فاما النصف الاخر فانما ملكه بالقسمة عوضا عما تركه على شريكه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في
نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل
ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالعبد الموصى به اذا قتل بعد موت
الموصي وغرم القاتل القيمة تنفذ الوصية في بدله بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق
الوصية بثمنه لان الاقدام على البيع دلالة الرجوع فتبطل الوصية اما الوصية فلا تبطل بالقسمة
ولهما ان الايجاب يتناول ملكه على الاحتمال فيصح وهذا لان القسمة افراز وتعيين للملك
فيما لا يتفاوت بالعقار فاذا وقع البيت في نصيبه كان عين حقه فينفذ اجابة في ذلك ولما صار
البيت اذا وقع في قسمه عين حقه صار مثل ذرعانه حقا له اذا لم يقع في قسمه لانه عوضه كما
ذكرنا ولان غرض الموصي من ذكر البيت التقدير تصحيحا لتصرفه ما امكن فان قيل لو كان ذكر
البيت للتقدير لما خير عليه دفع البيت اذا وقع في نصيبه قلنا انما تعين البيت اذا وقع في نصيبه
جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير على انه اراد التقدير
ان وقع في نصيب صاحبه والتمليك بعينه ان وقع في نصيبه وهذا اكثر على عتق الولد وطلاق

المراة

فقسماه

المراة باول ولد تلده امراته فان المراد في حق الطلاق مطلق الولد وفي حق العتق ولد حي ثم اذا
ووقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع تقسم نصيبه بين الموصى له والورثة
عند محمد على عشرين سهما للموصى له سهم وتسعة عشر للورثة فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت
والورثة بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة اسهم
وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الايجاب يتناول البيت وهو عشرة اذرع ومتى رفعت العشرة
من مائة يبقى تسعون فيكون بينهما لكل واحد منهما خمسة واربعون ~~فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة~~
~~اسهم وعندهما يقسم على احد عشر سهما~~ والعشرة متى ضمت الى خمسة واربعين تصير خمسة وخمسين
فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر سهما فيضرب الموصى له بالعشرة وهم بخمسة واربعين فللموصى له سهمان
ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار ببيت بعينه فيحتمل هو على هذا الخلاف والاصح انه على
الاتفاق لانه وضع المسالة في كتاب الاقرار في الاقرار ببيت بعينه واجاب مثل قول ابي حنيفة
وابي يوسف من غير خلاف والفرق لمحمد ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى لو اقر بما لا يملك ثم ملك صح وامر
بالتسليم الى المقر له اما الوصية بملك الغير فلا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ
ومن اوصى لرجل من مال الغير بالف درهم بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو
جائز وله ان يمنع من التسليم بعد الاجازة لان العقد الموقوف اذا لحقته الاجازة صار مضافا
الى المجيز وصار العاقد وكيلا له فاذا اضيف اليه صار ذلك هبة منه ومن وهب شيئا له ان يمنع
من التسليم بخلاف ما اذا اوصى باكثر من الثلث ثم اجازت الورثة ليس لهم ان يمنعوا من التسليم
بعدها لان الوصية ثم صدرت من المالك مضافة الى محلها وانما التوقف لحق الورثة فاذا اجازوا
فقد اسقطوا حقهم فيسلم المال للموصى له بالوصية من جهة الموصي وهنا الوصية لم تصادف محلها
لان محلها ملك الموصي لا ملك غيره فكانت هبة موقوفة على اجازة المالك وعقد الاجازة يجعل كالمباشر
لها ابنان اقتسما تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فالمقر يعطيه
ثلث ما في يده استحسانا وقال زفر يعطيه نصف ما في يده قياسا لانه يقول له انك اقررت
ان المال بيننا اثلاثا كان حقي وحقك سواء فيجب ان يكون لي نصف ما في يدك ولنا انه
اقر له بثلث شايع في كل التركة وكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة فيلزمه ثلث ذلك ولا يلزمه اكثر

من ذلك ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده لازداد حقه على الثلث لانه يصاب الابن الاخر به ايضا فياخذ
نصف ما في يده فينتقص التركة وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين لغريم فانه يعطيه كل ما في يده اذا كان
الدين مستغرقا لما في يده لان الدين مقدم على الميراث فقد اقر ان رب الدين احق منه بما في يده اما الموصى
له فشريك الوارث فصار مقرا بانه شريكه وشريكه احدهم في الثلث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للوارث
مثلاه ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة الاف فاقتسموها فجاء رجل وادعى ان الميت اوصى له بثلث
ماله وصدقه واحد منهم فانه يعطيه عشر من ثلاثة اخماس ما في يده لانه في زعمه ان ثلث كل التركة له
والثلثان بين البنين اثلاثا فيحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث واقله تسعة ثلثه وهو ثلاثة للموصى له بالثلث
والباقي وهو ستة بين البنين اثلاثا لكل ابن سهمان فقد اقر ان للموصى له بالثلث ثلاثة اسهم وللمقر سهمان
فيقسم ما في يده بينهما على هذه السهام فصار خمسه للموصى له بالثلث ثلاثة وله اثنان وعندهما
يعطيه ثلث ما في يده لما مر ومن اوصى لرجل بامة فولدت بعد موت الموصي ولدا قبل القسمة وكلاهما يخرج
من ثلث ماله فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا
ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل انه تنفذ وصاياه
ويقضى ديونه دخل في الوصية كانه اوجب فيهما الوصية فكانا للموصى له وان لم يخرجا من الثلث تنفذ
وصيته اولا من الام ثم من الولد وعندهما ياخذ منهما على السواء وصورته رجل له ستمائة درهم
وامة تساوي ثلاثمائة درهم فاوصى لرجل بالامة ثم مات فولدت الامة ولدا يساوي ثلاثمائة درهم
قبل القسمة فللموصى له الامة وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا الامة وثلثا الولد لان
الوصية سرت الى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالاجماع لكون التركة باقية على ملك الميت
فاذا ثبتت السراية صار كان الوصية وقعت بهما فوجب تنفيذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما
وله ان الام اصل والولد تابع ولا يجوز نقض الاصل بالتبع وفي جعل الولد شريكا نقض بعض
الوصية في الام فلا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ البيع والعتق في الولد لا ينقض شيئا
في الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه يسقط بعض الثمن عن الاصل ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل
به القبض وذلك جائز في الجارية لان الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده عند البيع وينعقد البيع بدون
ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له فان ولدت بعد القبول

وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص
ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري انه لا رواية فيه ولا يعتبر
خروجه من الثلث وكان للموصى له جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير
موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصي لم
يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب
كالولد في جميع ما ذكرنا

فصل في اعتبار حالة الوصية

الاصل في هذا الفصل ما مر ان كون الموصى له وارثا او غير وارث لجواز الوصية وفسادها
واذا اقر مريض يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية وفي الاقرار يعتبر كون المقر له وارثا او غير وارث
يوم الاقرار لجوازه وفساده واذا اقر مريض لامراة بدين او اوصى لها بوصية او وهب لها
هبة ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار عندنا خلافا لزفر وبطلت الوصية والهبة لان المعتبر في
الاقرار كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار وهي اجنبية عنه وهذا لان الاقرار ملزم
بنفسه ويصح على سبيل التجارة دون الوصايا ولا يتوقف على الموت فلا يؤثر فيه الحال
الحادث ولهذا يعتبر من كل المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حال الصحة او في حال المرض الا
ان الثاني يؤخر عنه والمعتبر في الوصية يوم الموت لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت
وهي وارثة حينئذ والوصية للوارث باطلة واما الهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف
الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا لانها تنفذ حكمه عند الموت الا ترى ان
من وهب عبدا في مرض موته لاجنبي وهو كل ماله وسلمه صح وصار للموهوب له ثم اذا مات
من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقا للورثة وفي الكل حقا للغرماء وصارت كالمعلق بالموت
واذا اوصى المريض لابنه الكافر او الرقيق او وهب له وسلمه او اقر له بدين فاسلم الابن او عتق
قبل موته بطل ذلك كله اما الوصية والهبة فلما مر ان المعتبر فيهما حال الموت واما
الاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث
تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وذلك كمن اقر لاخيه وله ابن فهلك الابن
ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه انه باطل لما قلنا وهذا بخلاف النكاح لان سبب الارث لم يوجد

وقت الاقرار حتى لو كانت الزوجة قايمة وقت الاقرار والمراة نصرانية فاسلمت قبل موته لا
الاقرار لوجود السبب زمان الاقرار وكذا لو كان مكاتبا لما بينا وذكر في كتاب الاقرار وكذا
لو كان الابن مكاتبا لما بينا وذكر في كتاب الاقرار اذا لم يكن عليه دين لانه يصير كانه اقر لمولاه وهو اجنبي
عنه وان كان عليه دين لا يصح لان الاقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما مر ان المعتبر فيهما
وقت الموت واما الهبة فصحيحة في رواية لانها تمليك في الحال وهو رقيق في الحال وفي عامة
الروايات لا يصح لانها في مرض الموت بمنزلة الوصية والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا
تطاول ذلك فصار بحال لا يخاف منه الموت فهو كالصحيح حتى تصح هبته من جميع المال لانه اذا تطاول
وقدروه بسنة صار بمنزلة طبع من طبايعه وخرج عن احكام المرض حتى لا يشتغل بالتداوي وهذا
لان مرض الموت ما يكون سبب الموت وانما يكون ذلك اذا كانت بحيث يزداد حالا فحالا الى
ان يكون اخره الموت فاما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد بعده فلا يكون سببا للموت وصار
صاحبه في التصرف بمنزلة الصحيح فلو صار صاحبه صاحب فراش بعد صار بمنزلة حدوث المرض به
واما في اول ما اصابه اذا مات من ذلك في تلك الايام وقد صار به صاحب فراش يخاف منه
الهلاك ولهذا يتداوى فكان مرض الموت فيعتبر هبته من الثلث

باب العتق في المرض

ومن اعتق عبدا في مرضه او باع او حابا او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب
له مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية والمراد به انه وصية في حق الاعتبار من
الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب لا حقيقة الوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت
وهذا منجز قبل الموت واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذا ما ابتدا المريض ايجابه على
نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه تبرع ابتدا كالهبة وكل ما اوجبه بعد الموت
فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اذ المعتبر حال الاضافة لا حال العقد وما
نفذ من التصرف كالاعتاق والهبة فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من كل المال
وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان حق الورثة او الغريم انما
يتعلق بماله في مرض الموت وبالبرء ظهر انه ليس بمرض الموت ولو باع العبدان اجاز الورثة
حتى لو ترك ابنين ومايه درهم وعبدا قيمته مايه وقد كان اعتقه في مرضه واجاز الوارثان

العتق

العتق لم ينفع في شي لان العتق في مرض الموت وصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز
باجازة الورثة لان المنع لحقهم فان حابا ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي
حنيفة وان اعتق ثم حابا فهما سواء وقالا العتق اولى في المسالتين وقال زفر الاول
اولى والاصل ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث وكل واحد من اصحابها يضرب بجميع
وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت
الموصي كالتدبير الصحيح بخلاف ما لو قال انت حر بعد موتي بيوم فانه ليس من العتق الذي
يبدا به والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض وذلك لان الوصايا قد تساوت والتساوي
في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرنا
لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكان العتق اقوى وكذا المحاباة
لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي لانها ثبتت في ضمن المعاوضة وهي قضية المعاوضة اللزوم
فلزمت الوصية التي في ضمنها فصارت بمنزلة العتق واذا تقرر ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك
يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم بعضهم على بعض لزفر ان لكل منهما نوع قوة
فالعتق لا يحتمل الفسخ والمحاباة تجارة فيبدا بما بدا به ولهما ان العتق لا يحتمل الفسخ
بحال والمحاباة يلحقها الفسخ فكان العتق اقوى فيبدا به ولا معتبر بالتقدم في الذكر لان التقدم
في الذكر لا يوجب تقدما في الثبوت لان زمان النفوذ بعد الموت والكل يتغير معا وله
ان المحاباة اقوى من العتق لانها ثبتت في ضمن المعاوضة وكانت تبرعا معنى لا صيغة والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق اولا
وثبت وهو لا يحتمل الرفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة اذا
اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة فما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني
ولو حابا ثم اعتق ثم حابا قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما في الجهة ثم ما اصاب المحاباة
الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فاستويا وعندهما العتق اولى
بكل حال فان قيل ينبغي ان يكون تمام الثلث للمحاباة الاولى عنده لان المحاباة الثانية
مساوية للعتق والمحاباة الاولى راجحة على العتق والمساوي للمرجوح مرجوح وكذا في

المسألة التي قبلها فينبغي ان لا يشارك العتق الثاني العتق الاول بعينه لان العتق الاول يساوي المحاباة
والمحاباة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجح راجح قلنا لا يترجح العتق على العتق والمحاباة
بالاجماع اذا لم يكن العتق متخللا وكذا اذا تخلل العتق وان اوصى بان يعتق عنه بهذه الالف عبدا
فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وقالا يعتق عنه بما بقي ولو اوصى بان يشترى بكل
ماله عبدا فيعتق عنه ولم تجز الورثة بطلت عنده ايضا وقالا يشترى بالثلث ولو اوصى بان يشترى
له عبد بالف درهم وزاد الالف على الثلث بطلت عنده وقالا يشترى بالثلث عبد ويعتق وان اوصى
بان يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك شيء وحج بها وفضل شيء
منه رد الى الورثة لهما انه وصية بنوع قربة وهو العتق فينفذ ما امكن كما لو اوصى بان يحج
عنه بكل ماله ولم تجز الورثة او قال بمائة وثلث ماله لا يبلغ مائة ولم تجز وله ان الوصية
اذا وجبت لمستحق لم يجز تنفيذها لغيره وهنا اوصى بالعتق لعبد يشترى بما سمى فلم يصح تنفيذها
في عبد يشترى باقل منه لانه غير الاول فكان فيه تنفيذ الوصية لغير الموصى له وهذا لا يجوز بخلاف
الوصية بالحج لان المستحق للحج لم يتبدل لانها قربة محضة هي حق الله تعالى فلم تبطل الوصية
كما لو اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه واصله ان العتق عنده حق المملوك
حتى لم تقبل الشهادة على عتق العبد بغير دعوى فلم يعتبر العبد موصى له بل اعتبر صاحب الشرع
موصى له فلم يتبدل المستحق فان بقي شيء رد على الورثة لان التركة حق الورثة الا ما اشتغل بحق
الوصية وان اوصى ان يحج عنه رجل بعينه فقيل له ان الثلث ربما لا يفي به فقال اعينوا به في
الحج يعان به في الحج على الفقراء لان اللفظ يدل عليه لان الاعانة انما تكون للفقراء المحتاجين
ومن اوصى بعتق عبد فمات الموصي فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية وان فداه الورثة
كان الفداء في مالهم وامضوا الوصية والاصل ان الايصاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة
فان شاؤوا دفعوه وان شاؤوا فدوه فان دفعوه صح الدفع لان حق اولياء الجناية متقدم على
حق المالك لو كان حيا فكذا يبطل حق من يلي الملك من جهته الا يرى ان الموصي له لو باعه او بيع
او بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية وكذا هنا وان اجازوا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم
وجازت الوصية لان العبد قد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية ومن اوصى بثلث

مالم

ماله لزيد ثم مات وترك عبدا او مالا وورثا فقال الموصى له اعتقه في صحته وقال
الورثة اعتقه في مرضه فالقول للوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له بينة
ان العتق في الصحة مقدم لان الوارث ينكر ثبوت حق الموصى له لانه يقول العتق في المرض وهو وصية
والعتق في المرض في التنفيذ مقدم على الوصية بثلث المال والموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي
من التركة بعد العتق وان الاعتاق لم يكن وصية لان العتق في الصحة لا يكون وصية حتى ينفذ من كل
المال والقول للمنكر مع يمينه ولان العتق من الحوادث فيحال بحدوثه الى اقرب الاوقات للتيقن
بها واقرب الاوقات هنا وقت المرض وكان الظاهر شاهدا للوارث فكان القول قوله مع
اليمين الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحمة له او تقوم له البينة ان
العتق في الصحة اذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة ثم البينة انما تقبل عن خصم والعتق حق
العبد عنده ولكنه خصم في اقامتها لاثبات حقه ومن مات وترك ابنا وعبدا فقال رجل لي
على ابيك الف درهم دين وقال العبد اعتقني ابوك في صحته فقال الابن صدقتما سعى العبد في قيمته
ويدفع القيمة الى الغريم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان العتق والدين
ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما ثبتا بالبينة ومن اعتق عبدا في صحته
ثم مات وعليه دين لم يسع العبد له في شيء فهذا مثله وله ان الاقرار بالدين اقوى ولهذا
تعتبر من كل المال في جميع الاحوال وهو ليس بوصية من المريض والاقرار بالعتق في المرض بمنزلة
الوصية حتى اعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا ان
العتق لا يحتمل الانتقاض فيقضي بايجاب السعاية ولان استناد العتق الى الصحة انما
يصح اذا لم يوجد شغل الدين وهنا وقد قارنه شغل الدين فيمتنع الاستناد فوجب رده
بالدين وذلك بالسعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل
لي على الميت الف درهم دين وقال رجل هذا الالف الذي تركه ابوك كان وديعة لي عنده فقال
الابن صدقتما فعنده الالف بينهما نصفان لانه لم يظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان
كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة وقالا الوديعة احق لانها ثبتت في عين الالف والدين ثبت في الذمة
اولا ثم يتعلق الى العين فكانت اسبق فكان صاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما

بعد ما قال لا قلنا الامر لمن الوارث بالدين يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا على المورث
وذكر في الهداية فعل الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح ما ذكرنا اولا وانه نطق شرح الجامع
الصغير وشرح المنظومة **فصل** ومن اوصى بحقوق الله تعالى من الفرائض منها
قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارة لان الاصل ان يبدا بالاهم والفرائض اهم
من غيرها وان تساوت في القوة بدئ بما بدا به الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر كالثابت
بالنص ولو نص على التقديم فيما بدا به لزمنا تقديمه كذا هنا واختلفت الرواية عن ابي يوسف في
الحج والزكوة فقال في احدى الروايتين يبدا بالحج وان اخره لان الحج يتادى بالبدن والمال والزكوة
بالمال فحسب فكان الحج اقوى فبدئ به وروي عنه انه تقدم عليه الزكوة بحال لان حق الفقير
في العين ثابت فكان ممتزجا بالحقين والحج تمحض حقا لله تعالى فكانت الزكوة اقوى ثم تقدم الزكوة والحج
على الكفارات لرجحانهما عليها فقد جاء من الوعيد ما لم يات في كفارة قال الله تعالى ومن كفر فان
الله غني عن العالمين والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم
وغير ذلك من الاحاديث الواردة فيهما وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر وصدقة
الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق في وجوبها والاختلاف في وجوب الاضحية وعلى هذا القياس يقدم
بعض الواجبات على بعض كالنذر يقدم على الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها وما ليس بواجب
قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وان كان مع هذه الوصايا الثابتة حقا لله تعالى وصية لادمي
بان قال ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات ولزيد قسم على اربعة اسهم بعدد القرب ولا
يجعل الجميع كوصية واحدة ثم ما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرنا لان كل جهة
هي غير الجهة الاخرى والمقصود وان كان متحدا وهو القربة ولكن كل قربة في نفسها مقصودة
فتفرد كما تعدد وصايا الادميين ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لانه
لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه فان لم تبلغ الوصية النفقة
احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه اوصى بالحج بصفة وقد عدمت وجه
الاستحسان انا نعلم ان غرضه تنفيذ الوصية فنعمل ما امكن ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق
واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة وزفر وعند ابي يوسف ومحمد يحج عنه من حيث تبلغ

استحسانا

استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج
وقع قربة وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية
ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبتدا من ذلك المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف
ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان عمله قد انقطع بموته
لقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج من الحج ليس
من الثلاثة ولانا على المنقطع وظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج وكان بهذا
المعنى وخروجه للتجارة سواء ثم يحج عنه من بلده فقال كذلك **باب الوصية للاقارب وغيرهم**
ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وزفر وهذا قياس لان الجار عند
الاطلاق انما يطلق على الجار الملاصق لانه من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة قال صلى الله عليه وسلم
الجار احق بسقبه والمراد هو الملاصق لانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا يرى انه لا يدخل فيه
جار المحلة وجار الارض وجار القرية فصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان
وهو قولهما الوصية لكل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمى جيرانا عرفا
قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من يسمع النداء ولان
المقصود البر وبر الجار لا يختص بالملاصق بل بر المقابل مقصود كبر الملاصق غير انه لا بد من نوع
اختلاط الا يرى ان عليا رضي الله عنه فسر الجيران بمن يجمعهم مسجد المحلة واحد وقال
الشافعي الجوار الى اربعين دارا لقوله صلى الله عليه وسلم حق الجوار اربعين دارا هكذا
وهكذا قلنا هذا الخبر ضعيف فقد طعنوا روايته ويستوي فيه الساكن والمالك
والذكر والانثى والمسلم والذمي والصغير والكبير لاطلاق اسم الجار ولا يدخل فيه العبيد
والاماء والمدبر وامهات الاولاد لانه لا جوار لهم لانهم اتباع في السكنى والمكاتب يدخل
كذا ذكر في الزيادات والمحيط من غير ذكر خلاف وذكر في الهداية ويدخل فيه العبد الساكن عنده
لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن ومن اوصى لاصهاره فالوصية
لكل ذي رحم محرم من زوجته امراته لانه صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من
ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار

محمد وابي يوسف وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم
محرم منه لان الكل اصهار وانما يدخل تحت الوصية من كان صهرا للموصي يوم موته بان كانت امراة
منكوحة له عند الموت او معتدة عنه بطلاق رجعي لان المعتبر حالة الموت حتى لو مات الموصي والمراة
في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية لان الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح
وان كان في عدة من طلاق بائن او ثلاث لا يستحقها لان انقطاع النكاح يوجب انقطاع الصهرية
ومن اوصى لاختانه فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه كازواج البنات والاخوات والعمات
والخالات وكذا لكل ذي رحم محرم من ازواج هولاء كذا ذكر محمد لان الكل يسمى ختنا قيل
هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد
لان اللفظ يشمل الكل ومن اوصى لاقاربه او لذوي قرابته او لذي ارحامه او لذوي انسابه
فهي عند ابي حنيفة للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الجد والجدة وولد الولد
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان الجد وولد الولد يدخل ولا يدخل الوالدان
والولد والوارث ويكون للاثنين فصاعدا ويستوي فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر
والانثى والمسلم والذمي وعندهما يدخل في الوصية كل قريب ينسب اليه من قبل الاب او من
قبل الام الى اقصى اب له في الاسلام يستوي فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر
والمسلم وهل يشترط اسلام اقصى الاب قيل يشترط وقيل لا يشترط ولكن يشترط ادراكه الاسلام
حتى لو اوصى علوي لذوي قرابته من يشترط الاسلام تصرف الوصية الى اولاد علي لا الى اولاد ابي طالب
ومن لم يشترط تصرف الى اولاد ابي طالب فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد
المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام فهما اعتبرا حقيقة اللفظ لان اسم القريب يتناول الكل
وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا هنا والجمع المذكور
في الميراث اثنان فكذا في الوصية وانما اعتبر المحرمية لان المقصود من الوصية صلة القرابة
فيختص بها من يستحق الصلة من قرابته ولا يدخل الولد والوالد لانه لا يطلق عليهما اسم القريب ومن
سمى والده قريبا كان عاقا وهذا لان القريب في العرف من يتقرب الى غيره بواسطة الغير وتقرب
الوالد والولد بنفسهما لا بغيرهما والدليل عليه قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين

بعد

عطف الاقربين على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه والى يصح لهما الاحتجاج — بالاقرب في
بظاهر اللفظ وقد انعقد الاجماع على تركه فصل تقييده بما بينا وعندهما باقصى اب له في الاسلام
وعند الشافعي بالاب الادنى واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة
لانه يعتبر الاقرب فالاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا لان اسم القريب يتناولهم
ولا يعتبر الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار
معنى الجمع واقله اثنان في الوصية والارث فيكون للواحد النصف ويبقى النصف الاخر ولا مستحق له
اقرب من الخالين فكان لهما ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة
فالوصية للعم والعمة على السواء لاستواء قرابتهما وقرابة العمة اقوى من قرابة الخؤولة والعمة وان
لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا واذا لم يكن للموصي ذو رحم محرم
في هذه المسائل فالوصية باطلة عند ابي حنيفة لان الوصية عنده لذي الرحم المحرم فاذا لم يكن
للموصي ذو رحم محرم كانت للمعدوم والوصية للمعدوم باطلة ولو اوصى لذوي قرابته لا يشترط
فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده لان اللفظ للفرد يحوز العم
كلها لانه اقرب ومن اوصى لاهله فالوصية لزوجته عند ابي حنيفة لانها المراد به لغة وعرفا
قال الله تعالى اذ قال لاهله اي لامراته ويقال تاهل اي تزوج وعندهما لمن كان في
عياله ونفقته اعتبارا للعرف قال الله تعالى فنجيناه واهله الا امراته والمراد من كان في
عياله ولو اوصى لجنسه او لاهل بيته او لآله يدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل ابائه الى اقصى
اب له في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير سواء
ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة ام الموصي لانهم لا ينسبون
الى اب الموصي الاكبر وانما ينسبون الى ابائهم فكانوا من جنس اخر ومن اهل بيت اخر لان النسب
يعتبر من الاباء والاب الاكبر لو كان حيا لا يدخل تحت الوصية لان هذه الوصية للمضاف اليه — لا للمضاف
ولو اوصت المراة لجنسها او لاهل بيتها لا يدخل ولدها لان ولدها ينسب الى ابيه لا اليها الا
ان يكون ابوه من قومها ولو اوصى لايتام بني فلان او لاراملهم او لعميانهم او لزمناهم ان كانوا
قوما يحصون فالوصية لفقرائهم واغنيائهم وذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وامكن تحقيق

معنى التمليك في حقهم وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم والاصل ان الوصية اذا وقعت
باسم ينبي عن الحاجة كانت واقعة لله تعالى فتصح وان كانوا لا يحصون لانه معلوم وان كان لا ينبي
عن الحاجة فان كانوا يحصون صحت الوصية والا بطلت ثم في هذه الاسامي ينبي عن الحاجة اما
اليتيم والاعمى والزمن فظاهر وكذا الارامل لانها جمع ارملة وهي المراة التي مات زوجها وهي تفتقر
فامكن حملها على الفقراء تصحيحا للوصية ولو اوصى لشبان بني فلان او لغنيهم او لابكارهم صح في الاحصاء
والا لا لان هذه الاسامي لا تنبي عن الحاجة فلا يمكن صرفها الى الفقراء ولا يمكن تصحيحها تمليكا في حق الكل
لتفاحش الجهالة ولو اوصى لبني فلان فهو للذكور ولا يعتبر عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة اخرا
اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول ابي حنيفة اولا لان الاسم يتناول الكل
قال الله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء بمجرد الانتساب كما في بني ادم ولو اوصى لولد فلان
فالوصية للذكور والاناث على السواء لان الولد ينتظم الكل وان اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين كما في الارث ولو اوصى لمواليه وله معتقون ومعتقون فالوصية باطلة
الا ان يبين ذلك في حياته وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم فصار كما لو اوصى لاخوته وله ست اخوة متفرقين فان الوصية
لهم وهم في ذلك على السواء ولنا ان هذا اسم مشترك يطلق على الاعلى لانه منعم وعلى الاسفل
لانه منعم عليه فلا عموم له لان العام ما يشمل جمعا بمعنى واحد ويبطل التعيين لاختلاف مقاصد الناس
فمنهم من يقصد الاعلى مجازاة وشكرا للانعام ومنهم من يقصد الاسفل لزيادة الانعام فوجب الوقف
حتى يقوم البيان فلم يوجد البيان فبطل ضرورة وهذا بخلاف ما لو حلف لا يكلم موالي فلان
حيث يتناول الاعلى والاسفل ويحنث بكلام ايهما وجد لانه في مقام النفي والاسم المشترك
يعم في النفي لانه لا تنافي فيه وهذا بخلاف الاخوة لان اسم الاخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد
وهو المتفرع من اصله فصار الاسم عاما لا مشتركا وعن ابي يوسف انه اجاز الوصية وصرفها
الى المعتق لان شكر الانعام واجب وفضل الانعام مندوب فصار صرف الوصية الى اداء
الواجب اولى وعن محمد انه اذا اصطلحا على احد صح لان الجهالة تزول به كما في مسئلة الاقرار لاحد
هذين ويدخل في الوصية للموالي من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده

لان عتقه هو لا سبب بعد الموت والوصية مضافة الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله
ليثبت الاستحقاق وعن ابي يوسف انهم يدخلون في الوصية لان سبب الاستحقاق لازم في حق هؤلاء
فيطلق اسم المولى عليهم ولو كان قال لعبده ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ضربه دخل في الوصية
لان العتق يثبت في اخر جزء من اجزاء حياته لتحقق العجز عنده فيثبت اسم المولى قبل الموت ولو
كان الموصي رجلا من العرب فاوصى لمواليه بثلث ماله صحت الوصية لان العرب لا يسترقوا
ولا يثبت عليهم الولاء فلا يكون له الا المولى الاسفل فيبطل الاشتراك فصحت الوصية ويدخل فيه الاسفل
مع ولده ولا يدخل فيه موالي الموالاة ومعتق المعتق لان الحقيقة مراده فيبطل المجاز وعن ابي
يوسف ان مولى الموالاة يدخل والكل شركا لان الاسم يتناولهم على السواء قلنا
سبب ثبوت احدهما الاعتاق ولان السبب فيه لازم فكان الاسم احق به بخلاف ولد المعتق لانه
ينسب اليه باعتاق وجد منه فان الحكم في الفرع يثبت بالحرية فصار كالاصل بخلاف موالي المولى
لوجود السبب المقصود من الغير فيهم فنزلوا منزلة ولد الولد مع ولد الصلب وان لم يكن له
موالي ولا اولاد الموالي فالثلث لموالي مواليه لان الاسم يتناولهم بطريق المجاز فصار اليه
عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه وما بقي
للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز والحقيقة مراده فتنحى المجاز بخلاف ما قال ابو حنيفة
فيمن اوصى لاقاربه وله عم وخالان فان للعم النصف والنصف للخالين لان اسم الاقارب
يطلق على الكل على سبيل الحقيقة الا انه اعتبر الترتيب بالقوة فصح الجمع ولا يدخل فيه موالي
اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بسبب
العصوبة بخلاف معتق المعتق لانه ينسب اليه بالولاء وقال زفر يدخل في الوصية
مع مواليه موالي ابنه لانهم يسمون مواليه وقال ابو يوسف اذا اوصى لمواليه
وله موالي اب وقد مات ابوه وورث ولاءهم فالوصية لهم لانهم مواليه حكما ولو اوصى لموالي
بني فلان لقبيلة يحصون دخل فيها المعتق ومعتق المعتق ومن علق عتقه لعدم ضربه لان المراد
مجرد الانتساب والكل منسوب اليه ولا يدخل المدبر وام الولد لما مر من قبل

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنفعة يحتمل
التمليك ببدل وبغير بدل في حال الحيوة فيحتمل التمليك بعد الممات كالاعيان دفعا للحاجة وهذا لان
الموصي يبقي العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بصرفه موقوفا على حاجته فانما حدثت المنفعة على
ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومويدا كالعارية
وهذا بخلاف الميراث فالارث لا يجري فيه الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها
ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة
لا تبقى وقتين فاما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة والاعارة وكذا الوصية بغلة العبد
والدار لانها بدل المنفعة فاخذت حكمها والمعنى وهي حاجة الموصي يشملها فان خرجت رقبة
العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث ولا مزاحمة للورثة في ذلك وان كان
لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له مقدار ما عينه الموصي
من الزمان لان الوصية لا تنفذ في اكثر من الثلث وحقهم في الثلثين والعبد لا يحتمل القسمة
في نفسه فتكون القسمة بطريق المهاياة في الخدمة ايفاء للحقين وصارت الوصية بالخدمة ما لم
يستوف الموصى له كمال حقه بمنزلة الوصية بالرقبة فان مات الموصى له عاد الى ورثة الموصي
لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى ورثة الموصى له
استحقها ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذا لا يجوز وان مات الموصي له بطلت الوصية لانها
ايجاب مضاف الى ما بعد الموت ولو اوصى بثلث داره سنة ولا مال له غيرها تقسم الدار
اثلاثا كي يسكنها سنة ويسكن الورثة ثلثيها لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا
النوع من القسمة اقرب الى المعادلة لان كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي
يستوفيه صاحبه بخلاف ما اذا تهايا على الزمان فان هناك يستوفي احدهما بالاستيفاء ولو
قسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لانه اعدل
وهذا كما لو اوصى له بغلة عبده او بثمرة بستانه فانه يجوز لانه وصية بالعين فكان احق
بالجواز ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة والثمرة لان الغلة والثمرة عين مال يحتمل
القسمة بخلاف القسمة الخدمة وليس للورثة بيع ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم

ذلك لانه حقهم على الخلوص فيتعلق بحقهم فيه وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في
سكنى جميع الدار بدليل انه لو ظهر للميت مال آخر يخرج الدار من ثلثه كان هو احق بسكنى جميعها ولو
خرب ما في يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما في ايديهم وفي البيع ابطال حقه فيمنعون من ذلك
ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع
مثل عينها في حصول المقصود والاصح انه لا يجوز لانه اوصى له بالغلة وهي دراهم او دنانير وهذا
استيفاء المنفعة بعينها ولانهما متغايران في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة
بالاسترداد منه بعد استغلالها بخلاف ما اذا استوفى المنافع بنفسها بالخدمة والسكنى ان يؤجر العبد
او الدار وقال الشافعي له ذلك لان تمليك المنافع بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتمليك المنفعة
في حال الحيوة ولو تملك المنفعة بالاستيجار في حال الحيوة تملك الاجارة من غيره فكذا اذا تملك المنفعة بالوصية
بعد الموت وهذا لان المنافع كالاعيان عنده لما مر بخلاف المستعير فانه لا يتملك المنفعة عنده
لانها اباحة الانتفاع عنده ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم
ولنا ان الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير فانه لا
يملك الاجارة وهذا لان المتبرع تمليك للمنفعة اذ التمليك في حال الحيوة اقرب الى الجواز منه بعد الممات
واذا اختلفت المنفعة بالتمليك بعد الموت بغير عوض فلان يحتمل ذلك في حال الحيوة اولى وهذا
يصح بلفظ التمليك حتى لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة الا ان التمليك
ببدل لازم وبغير بدل غير لازم وانما لا يتعلق بالعارية اللزوم عن البدل وكذا الوصية غير لازمة
الا ان غير الموصي لا يمكن من الرجوع بعد موت الموصي لان الرجوع للمتبرع لا لغيره والموصي لا
يقدر على الرجوع بعد الموت فلهذا امتنع الرجوع اما الوصية في نفسها فغير لازمة ولان
المنفعة ليست بمال وفي تمليكها بالمال احداث معنى المالية تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة
فانما يثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا
لها باكثر مما ملك معنى وذلك لا يجوز كذا قرره في المبسوط وليس للموصى له ان يخرج العبد من
الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنا كذا اذا كان
يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان الموصى له واهله في

موضع اخر فيقصدونه ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم واذا كانوا في مصر فيقصدونه ان يمكن من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر ولا يكون له ان يخرجه من بلده ولو اوصى له بغلة الدار يجوز لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها في جواز الوصية به ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة لما بينا فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له بمنزلة الشريك فيما يحتمل القسمة ان للشريك ان يطالب بالقسمة ليكون هو الذي يستغل نصيبه فكذا الموصى له بالغلة ولنا ان القسمة تبتنى على ثبوت حق الموصى له فيما يلاقيه القسمة الدار وان اوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولاخر بخدمته سنتين ولم يجز الورثة يخدم الورثة سنة ايام والموصى له بثلاثة ايام لصاحب السنة يوما ويومان لصاحب السنتين حتى يمضي في ست سنين لان عينه لا تنقسم فتقسم بالتهايؤ زمانا توفيرا لحقهم ولو عين فقال لفلان هذه وسنة اخرى بعينها يخدم في السنة الاولى للورثة اربعة ايام ولهما يومين وفي الثانية للورثة يومين والموصى له يوما لانقضاء وصية الاخر وان قال اوصيت بهذه الامة لفلان وبحملها لاخر او بهذه الدار لفلان وببنائها لاخر او بهذا الخاتم لفلان وبفصه لاخر او بهذه القوصرة لفلان وبالتمر الذي فيها لاخر فان وصل فلكل واحد ما اوصى وان فصل فكذلك عند ابي يوسف وعند محمد يتفرد صاحب الاصل بالاصل ويشتركان في التبع ولو اوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لاخر او بهذه الدار لفلان وبسكناها لاخر او بهذا النخل لفلان وبثمرها لاخر ولم يوجد الثمر بعد فلكل واحد ما اوصى له بالاتفاق وصل الكلام او فصل لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما وما اوجبه لكل واحد منهما لم يتناوله الاخر لان الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة تبقى لصاحب الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر لان الوصية كالميراث من حيث انه الملك يثبت فيها بعد الموت وجه قول ابي يوسف في الخلافية ان بايجابه في الكلام الثاني تبين انه مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فيكون البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في الوصية بالرقبة والخدمة ولانها دخلت تحت الوصية الثانية قصدا ودخلت تحت الوصية الاولى

تبعا واعتبار التنصيص اولى وجه قول محمد ان الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا واسم القوصرة كذلك وفي اصلنا ان العام في افراد ما يتناوله كالخاص فيما يتناوله فاجتمع في الفص وصيتان في كل منهما ايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفان ولا تكون ايجاب الوصية للثاني دليل الرجوع عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولكن للموصى له بالرقبة انما يستخدم لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق لغيره فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق وكذا اسم الدار يتناول السكنى واسم النخل لا يتناول الثمر واما في هذه الاشياء يمكن الاصل اذا لم يوجد المانع وهو الوصية للثاني فلا يمكن حمله على البيان والعطاء وبخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك بمنزلة دليل التخصيص او الاستثناء فتبين به انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة دون الفص الا ترى انه لو اوصى بالجارية واستثنى ولدها او بالخاتم واستثنى فصه صح الاستثناء ولو اوصى بالجارية واستثنى خدمتها لا يصح ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والاصل ان الثمرة لا يتناول الحادث الا ان يزيد ابدا والغلة يتناوله وان لم يذكر الابد لان الثمرة اسم للموجود لغة يقول لكل انسان في كرمه ثمرة فيقول نعم يعني به الثمرة القائمة في الكرم لا ما يحدث بعده فلا يتناوله المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتناول المعدوم فاما الغلة فاسم لما يوجد شيئا بعد شيء ومنه غلة الدار والحانوت فلذلك استغنى فيها عن ذكر التابيد بل يتناول الموجود وما هو بعرض الوجود من غير ان يتوقف على قرينة اخرى ومن اوصى لرجل بصوف غنمه او بولدها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ظروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانها ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ والفرق بينها وبين ما تقدم ان الصوف واللبن والولد الموجود يصح استحقاقها بالعقود فانها تملك تبعا بكل عقد وتملك قصدا بالخلع فكذا بالوصية فاما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بعقد الوصية ايضا فاما الثمرة او الغلة المعدومة فيصح استحقاقهما بعقد المزارعة والمعاملة فلان يستحق بالوصية وهي اوسع العقود اولى وان اوصى بما في نخيله من الكفرى فصار بسرا قبل موت الموصي او اوصى بالبسر فصار رطبا قبل موته او اوصى بعنب فصار

ربنيا او بسنبل وصار برا او بعضه فصار حاملا او سعبه فصار فرخا قبل مونه بطلت الوصيه لانه صار
سيا اخر وان تغير بعد مونه نفذت الوصيه ولو اوصى ببسر فصار بعضه رطبا بطلت الوصيه فيما صار
رطبا ونعتبر فيما كان بسرا اعتبارا للكل بالبعض وفي البسر بان عفو ولو اوصى برطب تمر قبل مونه
او بحمل فصار كبشا لا تبطل الوصيه استحسانا والوكاله كالوصيه حتى لو وكل ببيع شي مما ذكرنا ونحول
التغير قبل البيع ففي كل موضع لا تبطل الوصيه لا تبطل الوكاله وفي كل موضع تبطل الوصيه تبطل الوكاله
ولو غصب عنبا فصار زبيبا انقطع حق المالك وعلى الغاصب عنب مثله ولو غصب رطبا فصار تمرا لم
ينقطع حق المالك والفرق ما مر من تبدل العين وعدمه وان اوصى بان يجعل داره مسجدا ان خرج من
الثلث او لم يخرج واجازت الورثه جعل مسجدا وان لم يخرج ولم تجز الورثه يجعل ثلث داره مسجدا
ولو اوصى بظهر مركبه في سبيل الله تعالى بطلت الوصيه عند ابي حنيفه لانه في اصله ان وقف المنقول
لا يجوز وان كان مضافا الى ما بعد الموت وعندهما يطرد الوقف لان وقف المنقول جائز فيما هو متعارف
وان اوصى بشي للمسجد لم يجز الا ان يقول وقفا على المسجد لانه ليس باهل للملك والوصيه تمليك
وذكر النفقه بمنزله الوقف على مصالحه وقال محمد يصح لانه يحمل على الامر بالصرف الى مصالحه
تصحيحا للكلام ولو قال اوصيت بثلثي لفلان او فلان فالوصيه باطله عند ابي حنيفه لجهاله
الموصى له وعند ابي يوسف لهما ان يصطلحا على احد الثلث كمن قال لفلان على الف وعند
محمد الخيار للورثه فايهما شاؤوا اعطوه لقيامهم مقامه والله تعالى اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

ذمي جعل داره بيعه او كنيسة او بيت نار
في صحته ثم مات فهو ميراث اما عنده فلانه بمنزله الوقف ووقف المسلم يورث عنه فهذا اولى
واما عندهما فلانه لا يجوز من اهل الذمه ما يرجع الى القربه وان كان وصيه فهذا اولى
وان اوصى بان يبني داره بيعه او كنيسه لقوم مسمين فهو جائز من الثلث لان في الوصيه معنى
التمليك ومعنى الاستخلاف وله ولايه كليهما فيجوز على الاعتبارين وان اوصى بداره كنيسة
لقوم غير مسمين جازت الوصيه عند ابي حنيفه وعندهما هي باطله الا ان يكون لقوم باعيانهم
والحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اوجه احدها ان يوصي بما هو معصيه عندنا وعندهم
كالوصيه للمغنيات والنائحات فهذه لا تصح اجماعا الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا

من الثلث فان كانوا لا يحصون لا يصح تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها
قربه لانها معصيه عند الكل وثانيها ان يوصي بما هو معصيه عندهم قربه عندنا كما لو اوصى
بان يجعل داره مسجدا او يسرج في المساجد او اوصى بالحج فهي باطله بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم
لانا نعمل معهم بديانتهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا منهم وذكر الجهه مشورة وثالثها
ان يوصي بما هو قربه عندنا وعندهم كما لو اوصى بثلث ماله على الفقراء والمساكين او يعتق به الرقاب
او يشترى به الخبز وهو من اهل الروم او يسرج به في بيت المقدس فهي صحيحه اجماعا عين قوما او
لم يعين لان الديانة منفقه من الكل على ذلك ورابعها ان يوصي بما هو قربه عندهم معصيه عندنا
كما لو اوصى ان يجعل داره بيعه او كنيسه او بيت نار او يسرج في ذلك او يذبح الخنازير ويطعم
المشركين فهي صحيحه عند ابي حنيفه سمى قوما او لم يسم وقالا باطله الا ان يوصي لقوم
باعيانهم لهما ان هذه وصيه بالمعصيه وفي تنفيذها تقرير المعصيه والسبيل في المعاصي
ردها لا تقريرها فوجب القول بالبطلان وله ان المعتبر ديانتهم في حقهم لانا امرنا
ان نتركهم وما يدينون وهي قربه عندهم الا يرى لو اوصى بما هو قربه حقيقه معصيه عندهم
لا يجوز الوصيه اعتبارا لديانتهم فلذا عكسه وفرق ابو حنيفه بين بناء البيعه او الكنيسه
وبين الوصيه به ووجهه ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول
ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كمساجد المسلمين والبيعه او الكنيسه لم تصر محررة لله تعالى
بخلاف الوصيه لانها وضعت لازاله الملك الا انه لم يثبت مقتضاه وهو زوال الملك في غير ما هو
قربه عندهم فبقي فيما هو قربه على مقتضاه فزال ملكه ولم يورث واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى
بماله كله لمسلم او ذمي جاز لان القصر على الثلث شرعا لحق الورثه حتى ينفذ باجازتهم وليس لورثته
حق مرعي لانهم في دار الحرب وهم اموات في حقنا والحربيا على حق معصوم لا يصلح دليلا على
الحجر لحق غير معصوم اذ حقوق اهل الحرب غير معصومه حتى لو كانت ورثته في دار الاسلام
بامان او بذمه يتقدر بقدر الثلث لحرمتهم ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصيه ورد الباقي
على ورثته لانه حق ماله الى ورثته من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده
في دار الاسلام صح منه من غير اعتبار الثلث لما ذكرنا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصيه جاز

لانه ما دام في دارنا فله حكم اهل الذمه في المعاملات حتى يصح منه عقود التمليكات في
حال حياته ويصح تبرعه في حياته وكذا بعد مماته وعن ابي حنيفه وابي يوسف انه لا يجوز لانه من اهل
الحرب لانه يقصد الرجوع ويمكن منه بخلاف الذمي ولو اوصى ذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته
لم يصح كالمسلم لانه التزم احكامنا فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته صح كالارث
لان مله الكفر واحده ولو اوصى لحربي غير مستامن لا يصح لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصيه
اخت الميراث وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصيه بمنزله المسلم لانه يدعي الاسلام
ظاهرا وان كان يكفر فهو بمنزله المرتد فيكون على الخلاف المعروف بين ابي حنيفه وصاحبيه في تصرفاته
ووصايا المرتده نافذه بالاجماع كالذميه لانها تبقى على الرده ولا تقتل عندنا والله اعلم

باب المتفرقات

رجل قال اوصيت
لبني بكر وهم سبعه بثلث مالي فاذا هم خمسه فالثلث كله لهم لانه اوصى للموجودين والمعدومين
فالكل للموجودين ولو كانوا عشره تخير الموصي او الورثه سبعه منهم لانه حصر السبعه منهم ولو قال
اوصيت لبني بكر وهم سبعه ولزيد فاذا هم ثلاثه له ربعه لان قوله وهم سبعه لغو ولو قال اوصيت
بثلث مالي لزيد ولبكر وسعد لزيد مائه ولبكر خمسون وثلث ماله فالمائه بين صاحبي التسميه
اثلاثا ولا شيء لسعد لانه بمنزله العصبه فكان له ما بقي ولم يبق ولو كان الثلث بتمامه فلكل واحد
ما سمي وله ما بقي وان لم يكن بالثلث فاباقي بينهما نصفان ولو اوصى بثلثه لرجل ثم قال الثلث الذي اوصيت
به له فقد اوصيت به لفلان او فقد اوصيت فالثلث بينهما نصفان لرجوعه في النصف
ولو قال وقد لا يكون رجوعا والاول يضرب بكل الثلث والاخر بالنصف فكان الثلث بينهما اثلاثا
ولو قال اوصيت بهذا الالف لزيد وبكر لزيد منه مائه وثلث ماله الف فلزيد مائه وما بقي
لبكر فان هلك خمسمائه فما بقي بينهما على عشره اسهم لان مقتضى الشركه الاستواء في الباقي والهالك
ولو لم يهلك واوصى لاخر بالف ايضا له نصفه ونصفه لهما على عشره اسهم لان ما استحقه جعل
كالهالك في حقهما ولو قال لزيد من هذا الالف مائه ولبكر ما بقي فهلك نصفه له مائه ولبكر
ما بقي لان الاول صار كصاحب فرض والباقي كالوصيه فان اوصى لاخر بالف ايضا ولم يهلك شيء
قسم الالف بين صاحب المائه والاخر على احد عشر ولا شيء لبكر لانه اوصى له بالباقي بعد المائه ولم

ولو اوصى بثلثه لزيد وبكر لزيد منه مائه والثلث الف يوم الوصيه وهلك نصفه لزيد مائه
وما بقي لبكر لان الوصيه بالثلث تتناول ماله يوم القسمه ولو كان اوصى لسعد بثلثه ايضا وثلثه
يوم القسمه الف فنصفه لسعد وما بقي لهما اعتبارا لان ثلثه لما كان يوم القسمه الفا والمائه
عشرها ولو قال لزيد من ثلثي مائه ولبكر ما بقي والمساله بحالها لا شيء لبكر وهو بينهما على احد عشر
ولو قال اوصيت لفلان بما بقي من هذا الالف وهو ثلثه فهلك له فان اوصى بالف اخر للاخر لا شيء
للاول لانه لم يبق من الثلث شيء ولو قال اوصيت لزيد وبكر بهذا الالف لزيد ستمائه ولبكر سبعمائه
فهو بينهما على ثلاثه عشر لانه لسان الضرب ولو قال لزيد وبكر لزيد منه الف فالالف كله له
فان اعاد الاخر فقال ولبكر منه الف فهو بينهما للعطف ولو اوصى لرجل بالف بعينه وثلاثه الاف وهي
تركته واجاز وارثه في مرضه وصيه الموت ثم مات ولا مال له غيرها ترك ابوه فللموصى له الف
بالوصيه الاولى وثلثا الالف بالاجازه لانها وصيه منه فان اوصى الوارث مع الاجازه بثلث
ماله لاخر فالالف للاول وثلثا الالف بينهما نصفان عند ابي حنيفه لما عرف وعندهما اخماسا
لان حق احدهما في النصف وحق الاخر في الثلث ولو كان وصيه الميت بالعين مطلقا والمساله
بحالها اخذ الاول الالف اجازه وثلثا الالف بينهما اخماسا بالاتفاق لان الموصى له بالالف
المرسل عند عدم الاجازه يضرب بجميع وصيته في الثلث بخلاف ما تقدم لانه ثم اوصى له بالعين
باعيانها وعند ابي حنيفه الوصيه بما زاد على الثلث اذا تعلقت بالعين لم يستحق الضرب بها
ويكون الثلث بينهما نصفين فان اجازها في صحته واقر على ابيه بدين يبدا بما اقر به لانهما
نفذت حين وجدت ولو كانا معا او في المرض فالدين احق لانه اقوى فان اقر على ابيه بدين
في مرضه وعلى نفسه ولا شيء له غير ما تركه ابيه يبدا بدين ابيه ان بدا به لانه نقر انه لا حق له
في المال وان اخره تحاصا لانه تعلق حق الاول بماله فهو يريد ان يثبت ان لا حق له في المال
فلا يسمع ولو ترك الفا واوصى لرجل بالف عن بعضه ولاخر بالف عن بعضه واجاز الوارث الوصيه
في الصحه معا استويا ولو كان مرتبا فالثلث لهما وما بقي للذي اجاز اولا مره لان الاجازه
كانت منه في الصحه فتنفذ الاول ولم يبق المال ولو كان له الف فاوصى به فمات واوصى وارثه
وبالف له اخر لبكر ومات واجازها وارثه في مرضه ضرب زيد بثلثي الالف وبكر بثلاثه

اسباع الالف وثلث تسع الالف عند ابي حنيفة وعندهما يضرب الاول باربعة اتساع الالف الاول
والثاني باربعة اتساع الالف الاول وثلث الالف الاخر بيانه ان ثلث الاول للموصى له الاول وللموصى
له الثاني ثلث ما بقي منه وثلث الالف الاخر فيحتاج الى حساب له ثلث ولثلثيه ثلث واقله تسعة
فجعلنا كل الالف تسعة فاخذ ثلثه ثم نضم الباقي الى الالف الثاني فصار خمسة عشر ثلاثة للموصى له
الثاني وذلك خمسة اتساع من الالف الاول وثلاثة من الالف الثاني لان المالين كانا اخماسا
فما يوخذ منهما يكون من كل مال ثلثه فبقي عشرة اربعة من الاول وستة من الثاني فيقسم ثلث ذلك
وهو ثلاثة وثلث على ما بقي من حقهما وقد كان حق الاول في الالف وهي تسعة اسهم وقد اخذ من ذلك ثلاثة
واستحق من ذلك سهمان بالوصية الثانية فبقي خمسة في اربعة واما الموصى له الثاني فقد اوصى بالالف
الثاني وذلك تسعة وقد اخذ من ذلك ثلاثة اسهم فبقي من ذلك ستة وقد اوصى له بما بقي من الالف الاول
بعد الثلث وذلك ستة وصل اليه سهمان فبقي من ذلك اربعة فذلك عشرة اسهم فيقسم ثلث العشرة
الباقية بينهما على هذا يضرب الاول باربعة اتساع الالف الاول ويضرب الثاني باربعة اتساع الاول
وثلثي الاخر في قولهما واما عند ابي حنيفة فان ثلث العشرة يقسم بينهما على خمسة وثلث يضرب
الاول بتسع الالف والثاني بثلاثة اتساعه وثلث تسعه لان حق الاول بقي في اربعة لما بينا وعن
الثاني وجب له الحق في هذه الاربعة ايضا لما بينا انه موصى له بما بقي من الالف الاول وهو ستة وقد
اخذ سهمين والعشرة تراعيه عنده في مثل هذا فاعتبر الاربعة نصيبا لاستوائهما عنها
والثاني من حق الثاني عشرة اربعة من الاول وستة من الثاني الان حقه في الاربعة عاد الى سهمين
للمزاحمة فبقي حقه في ثمانية وهو لا يستحق الضرب باكثر من ثلث مال المجيز عنده وذلك ثلثه وثلث هذا
ماله عشرة اسهم الف وتسع الف فيضرب الثاني بثلث ذلك ثلاثة وثلث فيقسم ثلث العشرة بينهما على
وان اوصى لرجل بعبد وهو ثلث ماله فقطعت يده خطا بعد موته قبل قبوله ثم قبل بعد موت العبد او
قبله فله ارشه في ماله ان لم يمت او قيمته على عاقلته ان مات لان التمليك تم من جهة الموصي فيثبت
عند قبوله مستندا ان لم يخرج من الثلث واجيز وان لم يخرج قسمت القيمة بين الموصى له والورثة
اثلاثا ثلثها للموصى له وثلثاها للورثة لقيام القيمة مقام العبد ولو كان العبد قائما لكان اثلاثا
سهم فكذا القيمة ولو قطعت يد العبد في حياة الموصي ثم مات الموصي ثم مات العبد فارش اليد

للورثة لان الملك للموصى له يثبت عند الموت فلا يظهر في اليد المنفصلة في حياة الموصي وقيمته مقطوعا
للموصى له ان خرج من الثلث او اجازوا وقتل بعد موته لان الملك يثبت بالقبول من حين الموت والقيمة
قائمة مقامه وان لم يقبل فالقيمة للورثة وان اوصى بعتق عبد من ثلث ماله فاشترى الموصي
عبدا بثلث ماله وهو الثلث فاعتق ثم ظهر على الميت دين يستغرقه ضمن الوصي وعتق عن الوصي لانه ظهر
انه مامور بالشرى بثلثه وقد خالف امر الميت فصار مشتريا لنفسه ولو فعله القاضي او امينه
لا يعتق ولا يضمن لانه يتصرف بحكم النظر والشرى من المصلحة فيعود على الميت ولا ينفذ الاعتاق
لعدم الامر والولاية وان اوصى بثلثه لفلان ينفق عليه كل شهر كذا او يحج كل سنة بكذا او يعتق عنه
كل سنة رقبة فحل وان اوصى ان ينفق على بكر كل شهر كذا ما عاش واوصى لزيد بثلث ماله واجيز
يقسم على ستة اسهم سهم للموصى له بالثلث وللنفقة خمسة للاخر ينفق عليه كل شهر ما عاش عند ابي حنيفة
لان الاول كالموصى له بكل المال فيكون له الثلثان بلا منازعة ويبقى الثلث بينهما وان لم يجز واقسم
الثلث بينهما نصفين عنده لان الوصية متى وقعت باكثر من الثلث ردت الى الثلث عنده لانه المحل
وعندهما ان اجاز واقسم على اربعة والا قسم الثلث على اربعة لما عرف فان مات بكر حمل ثلث
لان النقصان بالمزاحمة وقد زالت المزاحمة وان اوصى لاسير بان ينفق عليهما عشرة كل شهر
ما عاشا بلفظ واحد او زاد فقال على فلان خمسة وعلى فلان خمسة وثلثه لزيد فهما كواحد
فيقسم على الاجازة على ستة عنده وعلى اربعة عندهما وعند عدم الاجازة اربا عا عندهما ونصفان عنده
لان الوصية واحدة لا تختلف باختلاف عدد الموصى له ولو كرر لفظ الوصية فكل موصى له بكله
وقسم على تسعة في الكل وعلى ثلاثة في الثلث اي لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي واوصيت لفلان
بان ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر ما عاش واوصيت لفلان واوصيت لفلان بان ينفق عليه خمسة دراهم
كل شهر ما عاش فان اجازت الورثة قسم المال على تسعة عند ابي حنيفة للموصى بالثلث سهم ولكل
واحد من الاخرين اربعة لان ما زاد على الثلث سلم لصاحبي النفقة لان كل واحد منهما بمنزلة الموصى له
بكل المال فبقي الثلث وكل واحد يستحقه بانفراده فيقسم اثلاثا واذا صار الثلث ثلاثة صار
الكل تسعة ستة للموصى لهما بالنفقة بلا منازعة وثلاثة سهم وعندهما يقسم بطريق العول
فصاحب الثلث يضرب بثلث المال وهو سهم وكل واحد من صاحبي النفقة يضرب بكل المال وذلك ثلثه فيصير

سبعه وان اوصى بعبد لانسان وقيمته الف وعليه الفان فبيع العبد بالفين وقبض الغريم
وخرج دين الموصي اخذ الموصى له الفين لان الدين يقضى من ثمن عبد مملوك له وان اوصى باحد
عبديه لرجل وله ابنان فالبيان اليهما ولا ينفرد احدهما بالبيان لانه لما مات بلا بيان انتقل
الخيار الى الوارثين فيما يحتاج الى الراي وهو يعتبر الملك ولا ينفرد به احدهما كما في الوكيلين
ولو حررهما الموصى له عتق ما عيناه لان احدهما ملكه بتعيينهما فاذا اعتقهما فقد اعتق ما هو
ملكه وما هو ملك غيره فصح اعتاقه فيما هو ملكه ولم يصح فيما هو ملك غيره ولو اعتق احدهما
بعينه ثم عيناه لا يعتق لان ملكه في غير المعين ولو اوصى بعتق احدهما صح والتعيين اليهما فان
قال احدهما اعتقت هذا عن الميت وقال الاخر مثله فالاول عتق عن المعتق والثاني عن الميت
لانه تعذر تنفيذ الاول عليه لعدم تفرده بالتعيين فيعتق عليه ويتعين الاخر للوصية ضرورة
ولو خرج الكلامان منهما معا اجبرا على تعيين احدهما عن الميت فان حرره احدهما او وصيه
بعد تعيينه نفذ عن الميت لان الاختيار انما يعتبر دون المباشرة ولو اعتق الوصي احدهما بعينه
ثم عينا ذلك عن الميت لا يعتد اعتاقه لانه وقع لغوا وملك الوصي تنجيز العتق لا يتعلق به لانه
يتصرف بحكم الامر وقد امره بالتنجيز ويلحقهما وارثه وان لم يملكه لان ولاية المباشرة ما حدثت
بالتفويض بل بحكم الوراثة وهي ان لم تفد الملك لمكان الوصية لكن له التصرف على الوجه الذي
يتعلق لولا الوصية رجل زوج بنته من عبده ثم اوصى به لرجل ومات لا يفسد نكاحها ان خرج
من ثلثه لانها تمنع الملك وان لم يخرج يفسد لانها ملكت شيئا من رقبة زوجها ولو اوصى بعتقه
يفسد خرج اولا لان معتق البعض لا يورث فان قتل قبل الاعتاق وقد ترك الميت بنتا
وعما وجبت القيمة لهما وبطلت الوصية لفوات محلها ولا يفسد النكاح لانه بعد الموت
لم يبق الملك فلم ينتقل العبد الى ملك الوارث فلا يفسد النكاح وكذا اذا كان بمهرها تسع
ثيبه وفي ... وفاة او وصل لا يفسد نكاحها لانها ملكت الثمن لا العبد وان كان على
الميت دين يحيط برقبته لم يفسد النكاح لامتناع الثبوت للورثة لكونه مشغولا بحاجة
الميت ولو اوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند ابي حنيفة لانه من جملة مال الميت
فملك ثلث نفسه فعتق وسعى في ثلثي قيمته للورثة وملك ثلث سائر امواله لانه كالمكاتب عنده ٥

داوم

والوصية لمكانه صحيحة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شيء دفع اليه
وهي فرع تجزي الاعتاق وان اوصى بهبة امة له او صدقتها عليه او بيعها او يتصدق بها على الفقراء
سرى الى بدلها المدفوع بالجناية عليها وارشها وولدها كولد الاضحية بخلاف ولد الزكوة فانه
اذا كان النصاب امه فحال الحول ثم ولدت ولدا لا يسري حق الزكوة الى الولد ولو اوصى بان
يكاتب امته بعد موته او يعتق او تباع من فلان او تباع ممن يعتقها فهذه الوصايا لا تسري الى
ولدها وارشها والعبد المدفوع بالجناية عليها والاصل ان كل حق ثبت في المحل في عينه
وماليته سرى الى ولده وارش طرفه والعبد المدفوع بالجناية عليه وان ثبت في عينه لا في
ماليته لا يسري الى ما ذكرنا ففي الفصل الاول ثبت الحق في ماليتها وفي الفصل الثاني لم يثبت في
ماليتها الا ترى انه لا يثبت في قيمتها اذا قتلت وان اوصى بان يباع من فلان بكذا فقطعت يدها
فانها تباع من فلان بنصف المال ان شاء لان الفائت صفة وقد صار مقصودا بالقطع وان اوصى
ببيع عبده من زيد بالف وهو قيمته واوصى برقبته لبكر ولا مال له غيره ولم يجز الورثة الوصية
بالرقبة ولا يعتبر اجازتهم الوصية بالبيع لانه لا محاباة فيه فلبكر نصف سدسه عنده وسدسه
عندهما ويباع ما بقي منه بحصته ولا تبطل وصيته من ثمنه بيانه انه اذا لم يجيزوا بطلت الوصية بما
فيما زاد على الثلث ضربا واستحقاقا عنده فبقيت الوصية بالرقبة بالثلث والوصية بالبيع وصية
بالكل فيضرب الموصى له بالرقبة في الثلث بالثلث والموصى له بالبيع يضرب في الثلث بالكل فصار الثلث
بينهما على اربعة اسهم للموصى له بالرقبة وهو ربع الثلث وهو جزء من اثني عشر جزءا من العبد
ويباع الباقي وهو احد عشر جزءا من العبد من الموصى له بالبيع باحد عشر جزءا من الالف وعندهما
بطلت الوصية بالرقبة فيما زاد على الثلث استحقاقا لا ضربا فبقيت الوصية بكل الرقبة في
الثلث فيضرب كل واحد في الثلث بالكل فصار الثلث بينهما وجميع الرقبة ستة يعطى الموصى له
بالرقبة نصف الثلث سهم من ستة وهو سدس العبد ويباع ما بقي وهو خمسة اسداس العبد من
الموصى له بالبيع بخمسة اسداس الالف ولا تبطل وصية الموصى له بالرقبة الى تمام الثلث من الثمن وذلك
سدس ونصف سدس عنده وسدس عندهما لان الوصية في ذلك بطلت في الغير ما استحقاقا والموصى له
بالبيع ومتى بطلت في العين بالاستحقاق لا يتحول الى البدل وقت البيع بخلاف العبد الموصى به اذا

فلا حظ لان هناك لم يوجد ما يبطل الوصية فبقيت الوصية وفات المحل فيتحول الى القيمة لفوات
المحل الى خلف وهو القيمة وكذا العبد الموصى به اذا اخذه دين وبيع لحق الغرماء ثم ابرا الغرماء عن
ديونهم فالثمن للموصى له لان بلحوق الدين ثم لا تبطل وصية الموصى له بالرقبة لانه لم يتعين لقضاء
الدين لاحتمال ان يتبرع متبرع بقضاء الدين او يحدث له مال اخر ولكن حق الغرماء مقدم على الوصية
فاذا زال حق الغرماء بالابراء ظهر حق الموصى له فاما تحول الى الثمن وهنا كذلك وهذا اذا لم يجز الورثة
فان اجازوا الوصية بالرقبة ورضي به صاحب البيع باجازتهم الوصية بالرقبة فللموصى له بالرقبة
نصف العبد ويباع نصفه الاخر والموصى له بالبيع نصف الثمن واذا بيع النصف كان الثمن للورثة
وان لم يرض فصار هذا وما لم يجز الورثة سواء وان كان مكان الوصية بالرقبة وصية بكل المال ولم
يجز الورثة وقد اوصى بان يباع عبده من فلان بالف وقيمته الف ولا مال له غيره فعنده له نصف سدسه
ويباع ما بقي منه باجر عن جواز ابي عن حق واخر الف وعندهما وصية الموصى له بالمال الى تمام الثلث من الثمن
وذلك سدس ونصف سدس وعند محمد يعطى الموصى له بالمال سدس العبد ويباع خمسة اسداس العبد
بخمسة اسداس الالف وعندهما وصية الموصى له بالمال الى تمام الالف من الثمن وهو السدس لان الوصية
هنا حصلت بالمال واسم المال كان يتناول الثمن بخلاف ما تقدم لان اسم الرقبة يتناول عين العبد ولا
يتناول الثمن فافترقا وعند ابي يوسف لا يعطى للموصى له من عين العبد شيء بل يباع كل العبد والموصى له بالبيع
ثم يعطى ثلث الثمن لان الموصى له شريك الورثة ثم حق الورثة لا يمنع تنفيذ الوصية بالبيع بمثل القيمة
فكذا حق الموصى له بالمال ولهذا كان العبد والثمن من المال وهو قد اوصى بكل المال فنفذ وصيته
فيهما ولا يبطل في احدهما وان اجازت الورثة وصية الموصى له بالمال ولم يرض الموصى له بالبيع باجازتهم
فللموصى له بالمال نصف سدس العبد وثمن ما بقي وعند محمد سدسه وثمن ما بقي وعند ابي يوسف يباع وله
ثمنه وان رضي يباع نصفه لاستوائهما في الضرب ويعطى ثمن النصف ونصف العبد للموصى له بالمال
وان كان مكان الوصية بكل المال وصية بثلث المال والمسألة بحالها ولم يجز الورثة فعند ابي حنيفة
ومحمد له نصف سدس العبد ويباع ما بقي ويكون بينهما اما عند ابي حنيفة فلما مر واما عند محمد
فلانه انما خالف ابا حنيفة فيما اذا كانت الوصية بالزيادة على الثلث وكان جوابه كجواب ابي حنيفة
وعند ابي يوسف يباع كل العبد والموصى له بالبيع ويصرف ثلث الثمن الى صاحب الثلث وكذا اذا

اجازت

٣٦٨

اجازت الورثة ولم يرض صاحب البيع باجازتهم وان رضي باجازتهم فربعه لصاحب الثلث ويباع
ثلاثة ارباعه ويكمل وصيته الى تمام الثلث من الثمن وان اوصى بان يباع من فلان بمائة وقيمته الف
واوصى برقبته لاخر ولم يجز الورثة فعند ابي حنيفة له نصف سدسه وسدسه عندهما ويباع ما بقي
بثلثي قيمته ويسلم الى الورثة وان كان مكان الوصية بالرقبة وصية بكل المال والمسألة بحالها فله
نصف سدسه ويباع باقيه بما بقي من وصيته وبثلثي قيمته ويكمل من الثمن وصيته والفضل للورثة
وعند محمد له سدسه ويباع ما بقي من حصته ويحوز الورثة ولو كان مكان الوصية بكل المال
وصية بالثلث فحكمه ما مر عند ابي حنيفة ومحمد معه هنا وان اوصى لفلان بما عليه من دينه
ولاخر بما بقي من ثلثه بعد الدين او اوصى لاخر بتمام الثلث فقالت الورثة بعد موت
الموصي دينه على الغريم الف وعينه الفان ولم يثبت من الثلث الوصية بالدين شيء وصدقهم
الغريم او كذبهم وقال الموصى له دينه خمسمائة فكان ثلث المال ثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا
خمسمائة منه وصيته للغريم والباقي وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وصية لاخر من المال
العين فالقول للورثة لان حق الموصى له يعرف ثبوته اذا لم يجعل محل حقه وهو الباقي من الثلث
بعد الدين فكانوا منكرين ثبوت الحق للموصى له ولو اوصى للغريم بما عليه من الدين وهو مفلس
واوصى لاخر بالف فقد قال للموصى له لان حق الموصى له ثابت في التركة لان محل وصيته معلوم
والورثة يدعون بطلان حقه في قدر المالية والموصى له ينكر فالموصى له يقول حقي في الف وحق
الغريم في خمسمائة وثلث المال ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فيكون بينهما اثلاثا ثلثه للغريم وقد
صار مستوفيا له وثلثاه الالف لي وقد توى ذلك على الغريم لكونه مفلسا فيكون التوى علي وعلى
الورثة وذلك بان يقسم المال العين بيني وبين الورثة بعد ربعهما منا وحقي في ثلثي الثلث وذلك
سهمان من تسعة وحق الورثة في الثلثين وذلك ستة من تسعة فبلغ السهام ثمانية فنقسم الالفان
على ثمانية فان ابى الغريم وصدق الورثة عومل في حق الورثة كان الدين الف حتى يدفع الغريم
الى الورثة خمسمائة فتسلم لهم الفان وعومل في حق الموصى له بالالف كان الدين خمسمائة حتى يدفع
الغريم الى الموصى له خمسة وخمسين وخمسة اتساع فيحصل له خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة اتساع
درهم ويسلم للغريم اربعمائة واربعة واربعون واربعة اتساع درهم فكان تنفيذ الوصية في الف

وسلم العاق ولو اوصى له بما عليه ولآخر بثلث ماله والمسألة بحالها فالقول للموصى له لانه عرف
ثبوت حقه لان محل وصيته معلوم ولو اوصى للغريم فادعى ان الدين مائة وقالت الورثة لا بل
الف ولا شيء لك من العين فالقول للموصى له لما مر مريض اعتق عبدا او اوصى بما بقي من ثلثه بعد العتق
ثم مات ونكل البينة ثم مات العبد المعتق واختلفوا في قيمته فقال الموصى له كانت قيمته
خمسمائة وبقي الى تمام الثلث من العين وقالت الورثة لا بل قيمته الف ولا شيء لك من المال العين
فالقول للورثة لما مر والبينة بينتهم لانها تثبت زيادة في القيمة وان كانت الوصية الثانية
بثلث المال والمسألة بحالها فالقول للموصى له مريض اعتق عبده وترك الفا ومات احدهما
فادعى الحي وقيمته الف ان قيمة الميت خمسمائة وادعت الورثة ان قيمة الميت الف فالقول للحي مريض
قال قيمة عبدي هذا خمسمائة وقد اعتقته واوصى للآخر بما بقي من الثلث ثم اختلفوا على الوجه الذي قلنا
فالقول للورثة ولا شيء للموصى له بالباقي فلم يعتبر قول المريض في بيان القيمة لانها تعرف بقول اهل النظر لا بقوله
بخلاف ما لو قال لي على فلان خمسمائة وقد اوصيت له بما لي عليه واوصى لآخر بما بقي من الثلث فانه يعتبر قول المريض
في بيان قدر الدين لانه هو الذي يختص بعلمه بخلاف القيمة ويستوي الجواب فيما اذا قدم الوصية
بالدين او اخر وصل ام فصل في الفصول كلها لان الوصية انما تعتبر عند الموت فاستوى التقديم والتأخير
ولو اوصى لرجل بمثل نصيب احد بنيه الا ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فمات وترك ثلاثة بنين فله سهم من سبعة
ولكل ابن سهمان واعلم ان التخريج جنس هذه المسائل طرقا وليس على طريقة واحدة [illegible] على الاطناب
ولنختر طريقة الكتاب تبركا بما اختاره محمد حتى سمتها العامة طريقة الكتاب لان محمدا رحمه الله ذكره في كتبه
واتباعا للمتقدمين من اصحابنا فانهم اختاروا هذه الطريقة لانه اليق بكلام الفقهاء ووجهه
ان ناخذ عدد البنين وهو ثلاثة ونزيد عليه واحدا لمكان الوصية لانه اوصى بمثل نصيب احدهم [illegible]
[illegible] فصار اربعة ثم اضرب في مخرج الاستثناء وهو ثلاثة فيصير اثني عشر ثم زد عليه واحدا لاجل
الاستثناء فصار ثلاثة عشر وهو ثلث المال وكل المال تسعة وثلاثون واذا اردت ان تعرف النصيب
فخذ النصيب وهو واحد وهو الذي زدته في الابتداء على عدد البنين واضربه في مخرج كسر الوصية
وهو ثلاثة فيكون ثلاثة ثم اضربه في مخرج كسر الاستثناء وهو ثلاثة كما ضربت ثلث المال فيصير تسعة
ثم زد على التسعة واحدا كما زدت على الثلث فصار عشرة فهو النصيب فاذا طرحت من ثلث المال عشرة النصيب

بقي

بقي من الثلث ثلاثة فاستثن من النصيب مثل ثلث الثلاثة التي بقيت من الثلث وذلك واحد فصار الباقي في
الثلث اربعة فضمها الى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فصار ثلاثين فيقسم بين البنين الثلاثة
فصار نصيب كل ابن عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء ولو قال بعد الوصية فللموصى له
سهم من سبعة وعشرين سهما ولكل ابن سبعة لانك تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليه واحدا
لقوله بمثل نصيب احدهم فيصير اربعة وتضربها في الاثنين فيصير ثمانية وانما ضربنا الاربعة
هنا في سهمين وفي الفصل الاول ضربنا الاربعة في ثلاثة لان في الفصل الاول استثنى ثلث ما
بقي من الثلث بعد النصيب والنصيب عبارة عن المدفوع بالوصية قبل الاسترجاع فاذا كان
المسترجع ثلث ما بقي بعد النصيب لا بد ان يكون للباقي بعد النصيب قبل الاسترجاع عدد
له ثلث صحيح يمكن استرجاع قدر ثلثه من النصيب واقل عدد له ثلث ثلاثة فجعلنا بقية الثلث بعد
النصيب ثلاثة وههنا جعلنا المستثنى قدر ثلث ما بقي بعد الوصية الحاصلة والوصية الحاصلة ما
سلم للموصى له بعد الاسترجاع ومن ضرورته ان لا يكون بقية الثلث قبل الاسترجاع ثلاثة بل من ضرورته
ان يكون بقية الثلث قبل الاسترجاع اثنين وذلك مع المسترجع ثلاثة اذ لو كان بقية الثلث قبل
الاسترجاع ثلاثة ويصير ذلك مع المسترجع اربعة يكون المسترجع بعد الوصية الحاصلة ولا
ربعه لا قدر ثلثه فلهذا ضربنا الاربعة هنا في سهمين وثم في ثلاثة فاذا ضربنا الاربعة هنا
في سهمين وصارت ثمانية فزد عليها واحدا كما زدت ثم فيكون تسعة فهذا ثلث المال واذا صار
ثلث المال تسعة كان كل المال سبعة وعشرين واذا اردت ان تعرف النصيب فخذ
واحدا وهو الذي زدته على عدد البنين فاضربه في مخرج الوصية وهو ثلاثة فيكون ثلاثة
ثم اضرب في مخرج كسر الاستثناء وذلك اثنان فصار ستة ثم زد عليه واحدا كما زدت ثم
فصار سبعة فهذا هو النصيب ثم خذ ثلث المال تسعة واعط بالنصيب سبعة فبقي معنا من الثلث
سهمان ثم استرجعنا من النصيب قدر نصف ما بقي وذلك واحد فصار معنا من الثلث ثلاثة فضمها
الى ثلثي المال ثمانية عشر فصار واحدا وعشرين فيقسم بين البنين الثلاثة فصار لكل ابن سبعة
مثل ما اعطينا الموصى له بالنصيب قبل الاستثناء والمطلق كالاول اي اذا اوصى بمثل نصيب
احد البنين الا ثلث ما بقي من الثلث ولم يزد عليه قال عامة الحساب من اصحاب ابي حنيفة كأبي يوسف

والحسن وغيرهما الجواب فيه كالجواب في الفصل الاول وعند محمد الجواب فيه كالجواب في الفصل الثاني
فعلى قول ابي يوسف يكثر الوصيه ويقل الاستثناء وعلى قول محمد يقل الوصيه ويكثر الاستثناء وهذا لان
التفاوت بين الفصل الاول والثاني بزيادة ثلث سهم للموصى له لانه يحصل له سبعه وثلاثه وعشرين
ثلث المال في الفصل الاول وستة وتسعه وثلثا المال في الفصل الثاني وستة وثلثا الثلث وثلثا
ثلاثه وثمانيه وثلثان فبقي التفاوت بزياده ثلث سهم والفصل الثالث لما كان مطلقا احتمل
الاول واحتمل الثاني فعلى وقع التردد في هذه الزياده انها للموصى له او للوارث فمحمد يقول هي
للوارث لان سبب الوراثه ثابت بيقين ووقع الشك في الزوال لو وقع الشك في الدخول تحت
الوصيه فلا يزول بالشك وابو يوسف يقول هي للموصى له لان الوصيه يتناولها بيقين لانها
تناولت كل النصيب ووقع الشك في الخروج بالاستثناء فلا يخرج بالشك ونظيره ما لو قال
لفلان علي الف الا مايه او خمسين فعند العامه المستثنى خمسون فيلزمه تسع مايه وخمسون
وعند محمد المستثنى مايه فيلزمه تسع مايه فاذا كان هذا على قول ابي يوسف بمنزلة قوله بعد النصيب
فطريقه ما بينا واذا كان على قول محمد بمنزلة قوله بعد الوصيه فطريقه ما بينا فيه ولو قال
الا ربع ما بقي من الثلث والمسله بحالها فهذا لا يخلو اما ان يقول بعد النصيب او بعد
الوصيه او ابهم ففي الوجه الاول والثالث له اثنا عشر ولكل ابن ثلاثه عشر وفي الثاني له تسعه
ولكل ابن عشره بيان الاول انك تاخذ عدد البنين ثلاثه وتزيد عليه لمكان الوصيه واحدا فصار اربعه
ثم تضربها في مخرج الاستثناء وهو اربعه لانه قال الا ربع ما بقي فصار سته عشر ثم تزيد عليه واحدا
لحاجتنا الى ربعه بالاستثناء فصار سبعه عشر فهو ثلث المال واذا اردت ان تعرف النصيب مجملا
واحدا وهو الذي زدته على عدد البنين فاضربه في اربعه مخرج الاستثناء اضرب الاربعه في ثلثه
وهو مخرج ثلث المال فصار اثنا عشر ثم زد عليه واحدا كما زدت على الثلث فصار ثلاثه عشر ثم الى الثلث
خمسه فضممناها الى ثلثي المال اربعه وثلثين فصار تسعه وثلاثين فاذا قسمناها بين البنين
اصاب كل ابن ثلاثه عشر مثل الاستثناء والفصل الثالث نظير الاول عند العامه ونظير الثاني عند محمد
وتخريج الثاني انك تاخذ عدد البنين ثلاثه وتزيد عليه واحدا لمكان الوصيه فصار اربعه ثم تضرب
الاربعه في الثلاثه فصار اثنا عشر ثم تزيد واحدا لاجل الاستثناء فصار ثلاثه عشر فهو ثلث المال

ثلاثه عشر ثلثه هو النصيب الكامل فيعطى من الثلث ... فلنخرج من النصيب ... صار ... اعطيناه بالنصيب

وان اردت ان تعرف النصيب مجملا واحدا النصيب واضربه في ثلثه فصار ثلاثه ثم اضرب الثلاثه في
الثلاثه لان الوصايا انفذت من الثلث فصار تسعه ثم زد عليه واحدا كما زدت في الثلث فصار عشره ثلث ثم
فهو النصيب ثم خذ ثلث المال ثلاثه عشر وادفع النصيب عشره ثم استثن منها مثل ما معنا
وهو سهم فصار معنا اربعه فضمها الى ثلثي المال سته وعشرين فصار الكل ثلاثين بين ثلاثه بنين
لكل ابن عشره كما اعطيت بالنصيب عشره ولو قال الا خمس ما بقي من الثلث او الا سدس ما
بقي من الثلث فهو على هذه الوجوه الثلاثه وتخريجها ما مر الا انك تضرب في خمسه في مسله الخمس وفي سته
في مسله السدس ولو مات وترك خمسه بنين واوصى لرجل بمثل نصيب احدهم الا ثلث وربع ما بقي
من الثلث ففي الفصل الاول له اثنان وعشرون ولكل ابن ثلاثه واربعون بيانه انك تاخذ عدد
البنين خمسه وتزيد عليها واحدا لمكان الوصيه فصار سته ثم تضرب سته في مخرج الثلث والربع
وهو اثنا عشر فصار اثنين وسبعين فهو ثلث المال وثلثاه ضعفه وهو مايه واربعه واربعون
والكل مايتان وسبعه وثلاثون واذا اردت ان تعرف النصيب مجملا واحدا وهو الذي
زدته على عدد البنين فاضربه في اثنا عشر كما ضربت ثم اضرب اثنا عشر في ثلاثه كما ضربت
صار سته وثلاثين ثم زد عليه ثلث وربع اثني عشر وذلك سبعه كما زدت ثم فصار ثلاثه واربعين
فهو النصيب الكامل ثم خذ ثلث المال سبعه وسبعين واعط بالنصيب ثلاثه واربعين بقي من الثلث
سته وثلاثين كما ستخرج من النصيب بالاستثناء ثلث ما بقي وذلك اثنا عشر ومثل ربعه
وذلك سبعه فصار المستخرج احد وعشرون فضمها الى ما بقي من الثلث الى ثلثي المال وهو مايه
وثمانيه وخمسون فصار مايتين وخمسه وعشرين لكل ابن ثلاثه واربعون مثل ما
اعطيناه بالنصيب ثلاثه واربعين مثل الاستثناء والثالث كالاول عند العامه وفي الفصل
الثاني له سهم من مايه واحد وعشرين ولكل ابن اثنان وعشرون لانك تاخذ عدد البنين خمسه
وتزيد عليها واحدا لمكان الوصيه فصار سته ثم تضربها في عدد لو ضم اليه الاستثناء
يكون المستثنى مثل ثلثه وربعه وذلك خمسه لانك ان ضممت سبعه الى خمسه صار اثنى عشر
والسبعه التي ضممت اليه يكون ثلث اثني عشر وربعه فضربنا سته في خمسه فصار ثلاثين
فزدنا عليه الثلث والربع الذي هو مخرج الاستثناء وذلك سبعه فصار سبعه وثلاثين فهذا ثلث المال

وثلثا المال مثلاه وهو اربعة وسبعون وجميع المال مائة واحد عشر واذا اردت ان تعرف النصيب
مجردا واحدا واضربه في خمسة كما ضربت ثلث المال فصار خمسة ثم اضرب الخمسة في ثلاثة كما ضربت ثم فصار
خمسة عشر ثم زد عليها الثلث والربع سبعة فصار اثنين وعشرين فهو النصيب الكامل اعطينا
بالوصية اثنين وعشرين بقي من الثلث خمسة عشر فيسترجع بالاستثناء من خمسة سبعة حتى يكون المستثنى
ثلث الجملة وربعه فاذا استرجعنا ثلاث مرات سبعة كان المسترجع احدا وعشرين فيضم الى خمسة عشر
فصار ستة وثلاثين ثم نضم ذلك الى ثلثي المال وهو اربعة وسبعون فصار الكل مائة وعشرة ثم
الكل الثاني اثنان وعشرون مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء وثم للموصى له سهم من مائة واحد
عشر سهما والثالث كما لو قال عند محمد لما مر ولو اوصى لرجل بمثل نصيب ابنه الا نصيب ابن اخر
او الا نصيب ابن اخر لو كان او الا مثل نصيب ابن اخر لو كان وترك ابنا فللموصى له ثلث المال وللابن
الثلثان لانك تجعل المال سهما لان الابن واحد وتزيد عليه سهما لاجل الوصية فصار سهمين ثم
تجعل نصيب الابن سهمين لاحتياجنا الى معرفة نصيب ابن اخر واذا صار نصيبه والموصى له سهمين
ضرورة انه مثله بيانه ان نصيب ابن اخر سهم لو كان فيطرح هذا السهم الذي جعل نصيب ابن اخر
من المال ثلاثة للموصى له سهمان وللابن سهم ثم يسترجع بالاستثناء نصيب الموصى له مثل نصيب ابن اخر اسهم
وهو سهم فبقي للموصى له سهم من ثلاثة اسهم وللابن سهمان ولو اوصى بمثل نصيبه الا نصيب ابن ثالث لو كان
والمسألة بحالها فللموصى له خمس المال ان اجازت الورثة والا فله الثلث وبيانه انك تجعل المال
سهما لان الابن واحد وتزيد عليه لاجل الوصية سهما ثم تجعل نصيب الابن ثلاثة لاحتياجنا
الى معرفة نصيب ابن ثالث فيصير نصيب الموصى له ثلاثة ايضا لانه مثله ثم نطرح من نصيب
الابن سهما بقي المال خمسة ثم تسترد من نصيب الموصى له سهما ونضمه الى ما في يد الابن فبقي له
سهمان وهو خمس المال وللابن ثلاثة اسهم ولو ترك ثلاثة بنين واوصى لرجل بمثل نصيب بنيه
الا نصيب احدهم او الا مثل نصيب احدهم فللموصى له خمسان وللبنين ثلاثة لانك تجعل المال ثلاثة معادلة
اسهم لان البنين ثلاثة وتزيد عليها ثلاثة لانه اوصى بمثل نصيبهم فصار المال ستة لكل ابن سهم
وللموصى له ثلاثة ثم اطرح نصيب احدهم وهو سهم فصار المال خمسة اسهم للموصى له ثلاثة
وللورثة سهمان ثم استثنى من نصيب الموصى له سهما فصار للورثة ثلاثة اسهم وللموصى له خمسان صح

وان

وان اثنين واوصى لرجل بمثل نصيب احدهما الا نصيب ابن ثالث فللموصى له سهم من سبعة ولكل ابن ثلاثة
لانك تأخذ نصيب الاثنين سهمين وتزيد عليه سهما للوصية فصار المال ثلاثة اسهم سهم للموصى له وكان
للاثنين ثم اقسم نصيب الابن الثالث وقسمه اثنين على ثلاثة لا تستقيم فاضرب اثنين في ثلاثة فصار ستة
واضرب نصيب الموصى له وهو واحد في ثلاثة ايضا فصار الكل تسعة ثم اطرح نصيب الثالث وهو كان
من تسعة فبقي المال سبعة للموصى له ثلاثة وللورثة اربعة ثم استرجع من الموصى له سهمان نصيب ابن
ابن ثالث فصار للاثنين ستة وللموصى له سهم ولو ترك ابنا واوصى لرجل بمثل نصيب ابنه الا مثل
نصيب ابنه صحت الوصية وبطل الاستثناء لانه استثنى عين ما تكلم به وكان استثناء الكل من الكل
واذا صحت الوصية فللموصى له نصف المال وهو مثل نصيب الابن ان اجاز الوارث وان لم يجز
فله الثلث وهو كمن اوصى بثلث ماله الا ماله او قال لفلان علي الف الا الفا او قال نسائي طوالق
الا نسائي او قال عبيدي احرار الا عبيدي صح الايجاب وبطل الاستثناء كذا هنا وان اوصى
لرجل بمثل سهم احد بنيه وهم ثلاثة وبثلث ماله لاخر ولم تجز الورثة فلصاحب الثلث ثلثا الثلث
وثلثه للاخر عند ابي يوسف وعند محمد الثلث بينهما على خمسة لصاحب الثلث ثلاثة ولصاحب النصف
اثنان سهمان وان اجازوا فالفريضة من ستة لصاحب الثلث وللموصى له بمثل نصيب احدهم واحد
ولكل ابن سهم لانهم لما اجازوا وجب تنفيذ الكل والثلث سهمان من ستة ونصيب احدهم واحد
من ثلاثة فاذا زيد على ثلاثة صار واحدا من اربعة فصار ما قلنا ثم قال ابو يوسف وهذا حكم
لما كان عند الاجازة لصاحب الثلث سهمان وللاخر سهم فعند عدمها في الثلث كذلك وقال محمد
لصاحب الثلث مع الستة الثلث والباقي من الستة اثنان وللخارج من تسعة له ثلاثة ولكل واحد من البنين
سهمان وصاحب النصيب له كنصيب احدهم وهو سهمان فاذا كان كذلك ثلثه ولهذا سهمان فاذا اجمع
جمعهما في الثلث كان اخماسا وان ترك ابنا واحدا واوصى لرجل بنصف ماله الا مثل نصيب ابنه بطلت
الوصية وصح الاستثناء اما صحة الاستثناء فلانه استثنى غير ما تكلم به وله وجه الصحة لان الوصية
ايجاب عند الموت وربما يحدث له بنون فيصير نصيب هذا الابن خمس المال او عشره فيصير المستثنى
اقل من الوصية فيصح الاستثناء واما بطلان الوصية فلانه لما صح الاستثناء وخرج المستثنى وهو
نصيب الابن من الايجاب فاذا مات وليس له الا ابن واحد لم يبق وراء نصيب الابن شيء فبطلت الوصية

ضروب وهو لمن اوصى بماله الا الفا وهو ماله او طلوع ساق الارض وعمر ونحوه وليس له غيرهن
او قال عبيدي احرار الا سالما وبزيعا ومباركا وليس له غيرهم فان الاستثناء باطل وسقط الكلام
كذا ههنا وان اوصى لرجل بمثل نصيب ابنه الا نصف ماله وترك ابنا واحدا صح لانه استثنى عن مالم
وهو اول مما اوصى لانه اوصى بمثل نصيب ابنه فيكون وصيه بكل المال والمستثنى نصف المال فيصح
الاستثناء والوصيه فللموصى له ربع المال لان المال سهم اذ الابن واحد فزد عليه سهما لاجل الوصيه
بالمثل فاجعل كل سهم سهمين لحاجتنا الى معرفة نصف المال فصار كل المال اربعه فاعط للموصى له
ثلاثه لما استثنى من النصيب نصف المال وهو اثنان فنصب في يد الابن ثلاثه ويبقى له سهم وهو ربع المال
وان ترك اربعه بنين واوصى لرجل بنصف ماله الا نصيب احد البنين فللموصى له ثلث المال وهو
سهمان من سته اسهم لانا نجعل المال اربعه اذ البنون اربعه ثم تزيد عليها اربعه لاجل الوصيه
اذ الوصيه بنصف المال تطرح من نصيب الورثه مثل نصيب احدهم وهو سهم لان ذلك يعود اليهم
بالاستثناء ونطرح من نصيب الموصى له ايضا سهما اذ الوصيه بنصف المال ثم تسترجع بالاستثناء
سهما فبقي في يده سهمان وللورثه اربعه وان ترك ابنين واوصى بمثل نصيب احدهما الا نصيب ابن ثالث
واوصى لاخر بثلث ما بقي من الثلث بعد الوصيه الاولى فللاول سهمان من خمسه عشر وللثاني سهم من خمسه عشر
ولكل واحد من الابنين سته لانك تاخذ مخرج الوصيه الاولى ثلاثه للابنين ثم تزيد عليه سهما للموصى له
فصار ثلاثه ثم تضرب نصيب الابنين في ثلاثه لحاجتنا الى معرفة نصيب ابن ثالث فصار سته فصار ثلاث
نصيب الموصى له ثلاثه فنطرح من نصيب الابنين سهما وهو نصيب ابن ثالث فصار معنا اربعه ثم
تسترجع من النصف سهما فصار سته لكل ابن ثلاثه وصار المال سبعه ثم تضعف الفريضه الاولى
وهو سبعه فيكون اربعه عشر وتزيد عليه واحدا للوصيه الثانيه فصار خمسه عشر والنصف الكامل
كان ثلاثه فصار سته وان قال الا نصيب ابن رابع والمسأله بحالها فللاول اربعه من احد وعشرين
وللثاني سهم ولكل ابن ثمانيه لانك تاخذ مخرج الوصيه الاولى وذلك سهمان للابنين ثم تزيد واحدا
للوصيه ثم تضرب نصيب وهو سهمان في خمسه فصار عشره وصار نصيب الموصى له خمسه ونطرح من
نصيب الابنين نصيب ابن خامس وهو سهمان حتى يمكن الاسترجاع من النصف فعاد المال الى
النصف خمسه والمسترجع سهمان فاذا ضم اليه الوصيه الثانيه فضعف الفريضه الاولى

فصار سته وعشرين فزد واحدا فصار سبعه وعشرين فصار النصف بعد التضعيف عشره والوصيه
سته وخرج على هذا الا نصيب والا ثلث ما بقي من الثلث او ربع ما بقي من الثلث فالاستثناء الثاني
باطل لانه بعد الوصيه الاولى لا شيء من الثلث بقي فكيف يصح الاستثناء بمثل ما بقي وكذا لو كان
مكان الاستثناء الثاني وصيه بثلث ما بقي من الثلث او ربع ما بقي من الثلث فالوصيه الثانيه باطله
لما ذكرنا ولو ترك ابنين واوصى بمثل نصيب احدهما الا نصيب ابن ثالث والا ثلث ما بقي من الثلث بعد
الوصيه الحاصله صح كذا لو قال بعد النصف او استثنى نصيب ابن رابع ولو اوصى لرجل
بنصيب بنت لو كانت وترك ابنا واما فللموصى له خمسه من سبعه عشر وللام سهمان وللابن عشره
لان اصل المسأله من سته لحاجتنا الى السدس وما بقي سهم للام وخمسه للابن ثم زدنا لاجل الموصى له
مثل نصيب البنت وذلك سهمان ونصف فصار الجمله ثمانيه ونصفا فضعفناه للكسر فصار سبعه عشر
خمسه للموصى له وسهمان للام وعشره للابن وان اوصى بنصيب ابن اخ لو كان وترك زوجه وابنا
فاصل المسأله من ثمانيه لحاجتنا الى الثمن وما بقي للمرأه ثمن وما بقي للابن سبعه فزد عليه مثل نصيب
ابن اخ لاجل الموصى له وذلك سبعه فصار الكل خمسه عشر للموصى له سبعه وسهم للمرأه وسبعه للابن
وان اوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وترك اخا وبنتا واجاز فللموصى له ثلثا المال لان نصيب الابن
مع البنت اذ لا شيء للاخ مع الابن سهم بلا اخ بين البنت والاخ نصفان واصل المسأله من سته
وان لم يجز فله الثلث والثلثان بين الاخ والبنت نصفين واذا اوصى بمثل نصيب ابن لو كان
فللموصى له سهمان من خمسه لان نصيب الابن مع البنت سهمان من ثلاثه فيزاد عليه مثل نصيب
الابن لاجل الموصى له فكان المال خمسه سهمان للموصى له والباقي بين البنت والاخ نصفين فتصح من عشره
وان لم يجيزوا فله الثلث والباقي بينهما نصفين وان اوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وترك اخا واختا
فللموصى له كل المال ان اجاز لان نصيب الابن مع الاخ والاخت كل المال وان لم يجز فله الثلث
والباقي بين الاخ والاخت اثلاثا وان اوصى لرجل بمثل ابن لو كان له النصف ان اجيز لان مثل
الشيء غيره فيعطى له نصف المال عند الاجازه وعند عدمها الثلث والباقي بينهما اثلاثا وان اوصى
بنصيب بنت له لو كانت وترك بنتا واختا فللموصى له ثلث المال لان نصيب البنت الاخرى مع البنت
والاخت الثلث وان اوصى بمثل نصيب بنت لو كانت له الربع لان مثل الشيء غيره فيزاد على نصيب البنت

آخر وذلك سهم وثلاثة مثله فصار اربعة فيكون للموصى له سهم من اربعة والباقي بين الابن والاخت
نصفان والمسئلة من ثمانية وان اوصى بمثل نصيب ابنه او بنصيب لو كان وترك اباً وابناً فالمسئلة من ستة
لحاجتنا الى السدس وما بقي فللاب سهم والباقي خمسة للابن فنزيد عليه مثل نصيب الابن وذلك خمسة
لاجل الموصى له فصار المال احد عشر سهماً خمسة للموصى له وسهم للاب وخمسة للابن وان ترك
ابنين واوصى لرجل بمثل نصيبهما فللموصى له نصف المال ان اجازا والا فله الثلث والباقي
بينهما وان ترك ابنين واوصى بثلث ماله لزيد ولاخر بنصيب ابن ثالث لو كان او بمثل نصيب احدهما
فان اجازا فالثلث لزيد وهو ثلثه من تسعة والستة الباقية بين الموصى له الاخر وبين الابنين اثلاثا
لكل واحد سهمان وان لم يجيزا فالثلث بين الموصى لهما اخماسا عند ابي يوسف ومحمد لصاحب النصيب
ثلاثة اخماسه ولصاحب الثلث لان في حالة الاجازة حق صاحب الثلث في ثلاثة من تسعة وحق صاحب النصيب
في سهمين من تسعة فعند عدم الاجازة نضرب كل واحد منهما في الثلث بقدر سهمه فصار اخماسا وعند
محمد يقسم الثلث بينهما نصفان لان كل واحد موصى له بالثلث وان اوصى بكل ماله لزوجته ولاجنبي
لكل واحد بالنصف ولا وارث له غيرها فللاجنبي عشرون وللمرأة اثنان وعشرون لانا نبدأ
اولا بدفع الثلث الى الاجنبي لان الوصية الى الاجنبي بقدر الثلث مقدمة على الميراث
وعلى الوصية للوارث وللمرأة ربع ما بقي بحكم الارث فنحتاج الى حساب له ثلث ولثلثيه ربع
واقله ستة له سهمان ولها ربع ما بقي ثلاثة فنقسم بينهما اسباعا لان حق الاجنبي كان في النصف
وقد اخذ الثلث بقي في سهم من ستة وكان حقها في النصف ثلاثة من ستة لكنها لما اخذت سهما
بحكم الارث ثانيا كان نصف هذا السهم اوصى لها له ونصفه في ثلاثة اوصى بها لها وما كان
مستحقا لها بحكم الارث لا تستحقه بحكم الوصية فاذا لم تعتبر وصيتها في نصف سهم بقيت وصيتها
في سهمين ونصف من ستة ووصية الاجنبي بثلاثة اسهم وقد وصل اليه سهمان بقي حقه في سهم
وحقها في سهمين ونصف فاجعل كل نصف سهما فصار سبعة حقها في خمسة وحقه في سهمين
فيقسم الباقي بينهما على سبعة وقسمة ثلاثة على سبعة لا تستقيم فضرب اصل المسئلة وذلك ستة
في سبعة وذلك اثنان واربعون اخذ الاجنبي الثلث اولا وهو اربعة عشر وبقي ثمانية وعشرون
فتاخذ المرأة ربعها وذلك سبعة بقي احد وعشرون يقسم بينهما اسباعا خمسة اسباعه لها

بالارث بقي
في ثلاثة من

وذلك خمسة عشر وتسعاه له وذلك ستة فحصل له عشرون ولها اثنان وعشرون وان اوصى
لكل واحد بكل ماله له سبعة ولها خمسة لان الوصية للاجنبي مقدمة على الارث فيعطى له
الثلث من ستة ولها ربع ما بقي بحكم الارث بقي ثلاثة بينهما نصفان عند ابي حنيفة لان حق الاجنبي كان
في كل المال وقد استوفى سهمين فلا يضرب بذلك ولا تضرب ايضا بما اخذت بحكم الارث وذلك
سهم فانما يضرب بثلاثة والمرأة لا تضرب بالثلث الذي اخذ الاجنبي اولا لان الوصية للاجنبي
بقدر وصيته قوته فيبطل وصيتها بذلك القدر ولا تضرب بثلاثة فاستويا في الضرب في الثلاثة
الباقية فتخرج المسئلة من اثني عشر ولو اوصى لها بثلثي ماله لكل واحد بالثلث اخذ الاجنبي
الثلث اولا وذلك سهمان من ستة ثم هي تأخذ ربع ما بقي سهما بقي ثلاثة فتأخذ المرأة سهمين
بالوصية بقي سهم لا مستحق له فيكون لبيت المال وان اوصى لهما بخمسة اسداس ماله لكل
واحد بسدسين ونصف سدس فله خمسة ولها سبعة لان الاجنبي اخذ الثلث اولا اربعة
من اثني عشر وذلك سدسان بقي حقه في نصف سدس وذلك سهم ثم تأخذ المرأة ربع ما بقي
سهمين بقي ستة اخذ الاجنبي سهما تمام حقه فصار له خمسة ثم تأخذ المرأة الخمسة الباقية بوصيتها
فصار لها سبعة خمسة بالوصية واثنان بالارث وان مات وترك عبدين قيمتهما سواء
وامرأة لا وارث له غيرها وقد اوصى لها وللاجنبي باحد عبديه بعينه فهي الاول لهما عبد
بالوصية ونصف العبد الاخر بالارث لانه ربع كل المال والنصف الاخر لبيت المال لانه خلا
عن المستحق وفي الثانية للاجنبي كل العبد ولها نصف العبد الاخر والنصف لبيت المال
وان اوصى لاجنبي باحد عبديه بعينه واوصى لامرأته بالعبد الاخر فالمسئلة من اثني عشر تأخذ الاجنبي
الثلث اولا ثم المرأة ربع الباقي ثم يقسم الباقي بينهما على ثلاثة عشر سبعة اسهم لها واربعة اسهم له
وهذا لانا جعلنا كل عبد اثني عشر لحاجتنا الى ربع الثلث فصار مال الميت اربعة وعشرين
فيأخذ الاجنبي الثلث اولا وهو ثمانية من عبده وذلك ثمانية فبقي من التركة ستة عشر اربعة من عبده
واثنا عشر من عبدها فتأخذ المرأة ربع ذلك اربعة سهام من عبده وثلاثة اسهم من عبدها
وما اخذت من عبدها بالارث بطلت وصيتها فيه ضرورة واستحقاقا عند الكل فبقيت
وصيتها في تسعة اسهم ووصيته في اربعة اسهم لانه لم يبطل في حق الضرب سهم احد

نفذ ار

فبلغت سهام وصيتها ثلثة عشر والباقي من المال اثنا عشر بثلاثة من عبيده وبسبعة من عبيدها وذلك عبد كامل فيقسم بينهما على ثلثة عشر سهما وذلك لانا نستعمل ضرب اصل المسئلة وذلك اربعة وعشرون في ثلاثة عشر فيكون ثلثمائة واثني عشر كل عبد مائة وستة وخمسون اخذ الاجنبي الثلث اولا وذلك مائة واربعة من عبده بقيت مائتان وثمانية فاخذت المراة نصفها مائة واربعة ثلثة عشر من عبده ونصفه وثلاثة من عبدها ثم يقسم الباقي على ثلاثة عشر سهما اربعة اسهم كل سهم اثنا عشر وذلك ثمانية واربعون له وتسعة اسهم وذلك مائة وثمانية وقد اخذت بالارث اربعة وخمسين فجملة مائة وستون وجميع ما حصل له مائة واثنان وخمسون وان اوصى لقاتله وللاجنبي لكل واحد بكل ماله للاجنبي الثلث اولا لتقدمه ثم ما بقي لهما لاستوائهما في التقدم على بيت المال وان اوصى بعبده لرجل ولقاتله بكل ماله والقاتل احرى الف ولا وارث له للاجنبي عبده من الثلث اولا لكونه متقدما وما فضل لقاتله بقدر سهامهما وان اوصى لرجل بمائة ثم مات ولم يترك شيئا فاجاز ابنه وصيته من ماله فهي هبة منه فلا يملك قبل القبض وله ان يمنع قبل القبض وان اوصت امراة بنصف مالها لرجل وتركت زوجا فقط له نصف وللزوج نصف الثلث وسدس لبيت المال لان للاجنبي ياخذ الثلث اولا لتقدمه على الميراث فيبقى الثلثان فللزوج نصفه وهو الثلث بقي ثلث اخر جاز في الارث فتتم وصية الاجنبي الى تمام النصف بالسدس فبقي سدس اخر لا مستحق له فيكون لبيت المال وان كان الموصى له قاتلا له نصف وللزوج نصف لانه صار مؤخرا عن الارث مطلقا فياخذ الزوج النصف اولا ثم بقي نصف اخر فارغا عن الميراث فيكون للقاتل عند الحنفية ويجعل لكونه متقدما على بيت المال وعند الشافعي يكون لبيت المال وان كان الموصى له الزوج فله كله فياخذ النصف بالارث ثم نصف اخر حالا عن الارث فياخذه ايضا بحكم الوصية لانها مقدمة على بيت المال وان اوصت لزوجها ولزيد بكل مالها للكل اخذ بالنصف لزوجها خمسة ولزيد اربعة لان الاجنبي ياخذ الثلث اولا لتقدمه على الوارث ثم بقي ثلثان فياخذ الزوج نصفه بالارث وهو الثلث بقي ثلث اخر فيقسم بينهما على قدر حقيهما وحق الاجنبي كان في النصف وقد وصل اليه الثلث بقي حقه في السدس وحق الزوج كان في النصف ايضا ولكن بطل في السدس لانه اخذ الثلث بحكم الارث فيبقى السدس من محل الوصية فبطلت وصيته في ذلك ضربا واستحقا ما عندنا فبقي حقه في الثلث وحق الاجنبي في السدس

لهما

هو

بالوصية

فيقسم الثلث الباقي بينهما اثلاثا فيحتاج الى حساب ينقسم ثلثه اثلاثا واوله تسعة فاخذ الاجنبي الثلث اولا وذلك ثلاثة بقي ستة فاخذ الزوج نصفه بالارث وهو ثلاثة بقي ثلاثة يقسم بينهما اثلاثا سهمان للزوج وسهم للاجنبي فصار للاجنبي اربعة وللزوج خمسة ثلاثة بالارث وسهمان بالوصية وان [redacted] اوصت لاجنبي بثلثي مالها واوصت لقاتلها بثلثي مالها وتركت زوجا فللاجنبي نصف وللزوج ثلث وللقاتل سدس لان الاجنبي ياخذ الثلث اولا لتقدمه بقي الثلثان فياخذ الزوج نصف ذلك بالارث بقي الثلث فيقسم بين الاجنبي وبين القاتل نصفين عندنا جميعه اصله من ستة للاجنبي نصف المال ثلاثة وللزوج سهمان وللقاتل سهم وان اوصت بمالها او بنصف مالها لزيد وهو قاتلها مع زوجها فكما اوصت لان الوصية صحيحة لعدم الوارث لان الزوج قاتل وان اوصت بيع عبدها من قاتلها بمائة وقيمته الف وتركت زوجا ولم يجز الزوج ذلك وعتق عن قاتلها الزوجها نصف العبد فبقي نصف اخر خاليا عن الارث فيباع من القاتل بخمسين درهما ان سائنفيذ الوصية فيما خلا عن الارث ويكون الخمسون لبيت المال وان اوصت بان يباع العبد من زوجها بمائة وقيمته الف فنصف العبد للزوج ويباع النصف منه بخمسين ويكون لبيت المال وان اوصت بان يباع نصف العبد من قاتلها او من زوجها بخمسين درهما الزوجها نصف العبد ويباع النصف بخمسين ويكون لبيت المال وان اوصت بيع كل العبد من قاتلها بمائة واجاز الزوج ذلك يباع كله منه بمائة ويكون المائة بين الزوج وبين بيت المال نصفين لانه بلحاربة في المحاباة وان اوصت بيع العبد لغير القاتل بمائة واجاز الزوج يباع كل العبد منه بمائة ويكون المائة للزوج وان لم يجز يباع العبد منه بثلث قيمته وان اوصت بيع نصف العبد منه بمائة يباع نصفه منه بمائة لانه فاضل عن حق الوارث ثم تقسم المائة ونصف العبد بين الزوج وبين بيت المال اثنا عشر اربعة اسهم لبيت المال وخمسة اسهم للزوج ولان المحاباة قدر اربعمائة واثنه وصية ولكن بقدر ثلث مال الميت وهو ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث فيقدم على الميراث فيسلم له ذلك بقي ثلثان وهو ستمائة وستة وستون سهما فصار حصة بيت المال اربعة اسهم وحصة الزوج خمسة اسهم فلهذا انقسم نصف العبد والمائة على تسعة اسهم خمسة اسهم للزوج واربعة

لبيت المال ماتت امراة وتركت عبدين ولا مال لها غيرهما وقد اقرت لزوجها في مرضها باحدهما بعينه انه وديعة عندها وصدقها فللزوج العبد المقر به بالاقرار ونصف العبد الاخر بالارث والنصف الاخر لبيت المال وكذا لو اقرت له بدين الف صح وباع احدهما بدينه ونصف الاخر بالارث ولو اقرت باحد العبدين لغائب فالعبد المقر به للغائب وللزوج العبد الاخر ارثا

مدبر قتل سيده وله زوجة سعى في ربع قيمته لان الارث مقدم على الغائب وان لم يكن له وارث عتق ولا شيء عليه له ثلاثة اعبد قيمتهم سواء ولا مال له غيرهم حررهم في مرضه ومات عتق كل واحد منهم ثلثه عندنا وعند الشافعي عتق احدهم واقرع بينهم فمن خرجت قرعته فالعتق في المرض وصية ونفذها من الثلث وهو كل ما له والثلث احدهم فيتخرج بالقرعة ولنا انه اوقع العتق على الكل ولا يجوز جريان القرعة بل يشيع عتق واحد من الكل فاذا ادعى احدهم ان الميت اعتقه في مرضه وحلف القاضي الوارث بالله ما يعلم ان الميت اعتقه في مرضه فنكل وارثه عتق مجانا لخروجه من الثلث للاول فاذا ادعى الثاني والثالث مثله فنكل عتقا بالسعاية لان القاضي لما جعل الثلث للاول لم يبق لهما وصية ولو ان الوارث والعبد الاول جحدا كان عتق الكل مجانا لان حكم الحاكم لا ينفذ على غير الخصم فصار الاول في حق الثاني كانه عبد واعتقه الوارث بخلاف قضاء القاضي لان قضاءه ينفذ على الكل وكذا لو قال الوارث لكل واحد على الانفراد حرر كل الميت في مرضه ثم قال لم يحرر كل او عكس عتقوا من غير سعاية لان الانكار ان بوجد لمنع الاقرار اللاحق والانكار اللاحق لا يبطل الاقرار السابق فيعتق الاول من ثلث ماله لانه يخرج من الثلث وكذا الثاني لانه يقول للوارث انك ان انكرت عتق الاول فقد اقررت ان الميت اوصى له بالعتق وانما عتق باعتراقك فيجعل الاول كالعاتق وقد اقررت لي بالوصية والاول قائم مقامي وكذا الثالث فكان من حجة كل واحد ان يقول للوارث متى انكرت عتق غيري واقررت بعتقي فقد اقررت بان كل الثلث لي ولا سعاية علي فلم يجب عليهم السعاية ولو قال حررتكم ثم انكرهم او عكس عتق ثلث كل لانه لا يمكن لكل واحد ان يحتج بما ذكرنا لانه انكر الكل معا وكانه قال اعتقكم ولم يقل لم نعتقكم وثم نعتق ثلث كل واحد وسعى في ثلثيه كذا هنا ولو قال حررتكم ثم قال لم نعتق هذا او علس بان قال لاحدهم لم نعتقك ثم قال لهم اعتقكم عتق ثلث الذي انكره

775

ونصف كل واحد من الاخرين لعدم اعتبار الانكار لكنه زعم ان العتق بين الاخرين وهو حجة عليه فيعتق من كل واحد نصفه مريض ملك ابنه بالف وهو قيمته ومات وله الفان سواه عتق ويرث منه بالاجماع لخروجه من الثلث ولا سعاية عليه عند ابي حنيفة وعندهما يسعى في قيمته لان العتق في مرض الموت وصية ولا وصية للوارث فيجب السعاية نقضا للوصية معنى لانه لا يمكن نقضه حقيقة ولنا انه لو اوجب عليه السعاية لبطلت من حيث تجب فلا تجب بيانه ان السعاية اذا وجبت صار كالمكاتب والمكاتب لا يرث لانه عبد ما بقي عليه درهم واذا لم يرث صارت الوصية لغير الوارث فتصح واذا لم يخرج من الثلث تجب السعاية ولا يرث لان المستسعى كالمكاتب عنده وعندهما يرث لانه حر مديون عندهما ولو ملك ابنه بالف وقيمته خمسمائة ولا مال له غيرها نفذ ما حاباه للبائع لان المحاباة المتقدمة عنده اولى وسعى كل واحد من العبد في قيمته لان البائع استحق الثلث وهو خمسمائة ولا ميراث لابنه عند ابي حنيفة لانه مستسعى وعندهما العتق اولى من المحاباة فيصرف الثلث كله الى العبد الاخر لان السعاية وان وجبت على الابن فهو حر وارث ولا وصية للوارث فيسعى الابن في كل قيمته وان اعتق امته ثم نكحها وهو مريض فان سعت لم يصح النكاح لانها صارت كالمكاتبة ونكاح المكاتبة لمولاها لا يجوز وان لم تسع صح نكاحها وقالا النكاح جائز بكل حال لانها حرة وان كان عليها سعاية ولو اثر المريض بعض غرمائه بقضاء دينه شاركه الباقون فيما قبض عندنا لتعلق حق الغرماء بماله ولا يجوز له تخصيص البعض وعند الشافعي لا يشاركه سائر الغرماء فيه لانه قضى ما عليه بماله فيصح ولا يشاركه فيه غيره كما في الصحة الوارث اذا اجاز تبرع المورث في مرضه ملك ابطاله ان مات لانه لا عبرة لاجازته في حال حيوته عندنا لانه لم يملك ابطاله لانه قد ابطل حقه فبطل ولا يعود وقد مر رجل مات وترك ثلاثة الاف درهم وابنا فاثبت رجل بالبينة انه اوصى له بثلث ماله وبرهن عليه بقبول وبوصي الاول يدفع نصف ما في يده لابنه لان البينة قامت على الخصم لانه ادعى حقا وملكا في غير بيده وكذا لو غاب الاول فاقام على الوارث بل اولى لانه خلفه الميت من كل وجه وقبل قضيه يقبل على الوارث وكذا عليه ان كان عند القاضي الاول لانه عرف استحقاقه وهو يدعي الشركة فيه وعند غيره لا لانه لا يعرفه

ولو ان الاول غريم فخصم مثله وارثه ووصيه ومديونه ومودع المتوفى له كغائبه حتى لو ادعى
دينا على الميت رجل واخذ الدين وغاب الوارث فاقام آخر عليه البينة بدين على الميت فالغريم
الاول خصما له لانه لا يدعي شيئا وانما يدعي استحقاقا على الميت واخذ ما في يده بناء على
الاستحقاق ولم يوجد ولو حضر الوارث واقام البينة قضي عليه وكان قضاء على الغريم الاول
لانه انتصب خليفة عن الميت قبل الاستحقاق فراجعه فيه ولو كان المقضي له الاول غريما والثاني
يدعي الوصية له لم يصر الغريم خصما ولو كان الاول موصى له بالثلث والثاني يدعي دينا على الميت
لم ينتصب الموصى له خصما لانه ليس بخصم فيما في ذمة الميت والالف المرسلة كالدين لانه لا
يدعي عينا في التركة ولا يزداد ولا ينتقص رجل اثبت بالبينة وصية بعبد بعينه وهو يخرج من الثلث
فاقام آخر عليه بينة انه اوصى له به يقبل لانه يدعي ملك ما في يده وان اقام على الوارث لا يقبل
لانه يدعي عينا في يده فان ذكر شهوده رجوعا قضي بكله للثاني ولا يقضى له بنصفه وان قضي للاول
ولم يقبض فاقام الثاني على الوارث عند القاضي الاول لا يقبل لانه علم ان الملك لغيره وانه امين
وان كان عند غيره يقبل في يده الف قرض او غصب او وديعة وهو مقر فادعى آخر ان مالكه مات
وان عليه دينا وادعى له به وذو اليد مقر بالمال ولكن ينكر موته لم يكن خصما لاتفاقهما على انه ملك
الغائب ولو جحد المال او قال وهبه لي ينتصب خصما في دعوى الوصية لانه ادعى اليد لنفسه
وهو ادعى استحقاقه ولو ادعى المدعي وصايته او وراثة يكون لقيامهما مقام الميت وذو اليد خصم
للميت في حقوقه وكذا لمن قام مقامه فان نصب الوارث او الوصي ثم عاد الشهود لم يعيدوا الشهادة
بالوراثة ضمن الشهود وفي الوصاية لا لانهم لم يتلفوا ابل اثبتوا حافظا ولكن ان كان الدافع عا
يخير المالك بين تضمينه وتضمين القابض لان كل واحد غاصب في حقه وان كان مودعا ضمن القابض
فقط لانه مكره في الدفع بالقضاء اما القابض فقد اخذ ماله بغير حق وان كان غريما له لم يبرا
عن الدين فاذا اخذ منه المالك يرجع هو على الغائب وان لم يعد حيا ولكن ظهر الشهود عبيدا
ضمن القابض لانه قبض مال الغير بغير اذنه ولا ضمان على الدافع في الوجوه كلها لانه دفع بامر القاضي
ولو ادعى انه اخو الميت ودفع بعضا واقام آخر انه ابنه ضمن الشهود او الاخ ولا يضمن الدافع لانه
دفع بامر القاضي ولو ثبتت اخوة الثاني لا بنوته لم يضمن الدافع لانه بامر القاضي ولا الشهود لانه لم يظهر

كذب الشهود لانهم شهدوا بكون الاول اخا وشهود الاخ الثاني لا يخرج الاول من ان يكون اخا
وان ادعى ان الميت اوصى له وصدقه ذو اليد لم يعط له شيء لانه قضاء على الوارث الا اذا انتفى
انه لا وارث له ولو ادعى دينا ولا وارث له وصدقه ذو اليد نصب له خصم فان جاء حيا فعلى ما مر الجواب
وان جاء وارثه نفذ جميع ما صنع القاضي لان له ولاية نصب الوصي خصما للمدعي ولو ادعى انه اوصى
وصدقه ذو اليد لا يدفع لو كان غصبا او وديعة لانه اقرار في مال الغائب ولو قال ذو اليد ان
هذا المال لرجل مات ولا وارث له اخذ منه وجعل في بيت المال والاصل ان المحاباة
المريض وصية وتبطل ببطلان البيع لانها في ضمنه والتسوية بين الورثة والموصى له واجبة في المال
العين لا في الدين لان الدين ليس بمال حقيقة وان زادت الوصية على ثلث العين تنفذ في الزائد
على الثلث لحق الورثة نفاذا موقوفا الى ان يخرج الدين فان خرج يرتفع النقض وتكمل وصية الموصى له
مريض وهب عبده لرجل وقيمته الف مائة وقبض الموهوب ثم مات وليس له مال عين سوى العبد وله
على رجل الف دين ولم تجز الورثة تنقض الهبة في الثلثين لحق الورثة اعتبارا للتسوية في المال العين
لكن نقضا موقوفا حتى لو خرج الدين تكمل وصيته الى تمام العبد مريض اشترى عبدا قيمته
مائة بثلثمائة ثم مات وليس له مال عين سوى هذه وله على رجل الف دين ولم تجز الورثة المحاباة
يقال لبائع العبد ان شئت نقضت البيع ولا شيء لك في الوصية لانها في ضمن البيع فتبطل
ببطلانه وان شئت رددت مائتين الى الورثة فيحصل للموصى له مائة بعوض فلا تكون
وصية ومائة بغير عوض فيكون وصية ويسلم للورثة مائتان وهو ضعف الوصية فاذا خرج الدين
امر الورثة برد المائتين الى البائع لما بينا مريض اسلم الى رجل مائة في كر قيمته مائة ونقده
ومات وليس له مال عين سوى هذه وله على رجل الف دين ولم تجز الورثة يقال للمسلم اليه
ان شئت نقضت السلم ولا شيء لك لما بينا وان شئت رددت مائة وعجلت الكر لان التأجيل
وصية زائدة على الثلث فاذا فعل ذلك استقام الثلث والثلثان فاذا خرج الدين لا يجب على
الورثة رد ما اخذ وامر المائة الى المسلم اليه كما لو اشترى دينارا قيمته عشرة بمائة وتقابضا
ثم مات وليس له مال سوى هذه المائة وله على رجل الف فيقال لبائع الدينار ان شئت
فانقض البيع ولا شيء لك وان شئت فامسك منه الدينار وهي عشرة وقدر ثلث مال الميت وهو

ثلاثة وثلثون وثلث ونرد الباقي وذلك ستة وخمسون وثلثان فيحصل لكل ثلاثة واربعون وثلث
عشر بعوض فلا يكون وصية وثلاثة وثلثون وثلث بغير عوض فيكون وصية ويحصل للورثة ستة
وخمسون وثلثان ودينار وقيمته عشرة فيكون ضعف الوصية فان خرج الدين لا يؤمر الورثة
برد ما اخذوا لان القبض انتقض في ذلك القدر من الاصل فانتقض السلم والصرف بعده و
لا يعود من نقص باع كرًا جيدًا يساوي ستين بكر دقل يساوي عشرين ومات وليس له مال
غير سوى هذا الكر ولم تجز الورثة قيل لصاحب الدقل ان شئت فانقض البيع ولا شيء
لك وان شئت رددت نصف الجيد واخذت نصف الدقل لان المحاباة زائدة على الثلث فان خرج
الدين والنقصان فاما ان دفع الورثة النصف الموجود واخذت نصف الدقل وان كانا هالكين
او احدهما بطلت الوصية في ذلك القدر ولا يؤمر الورثة برد ما اخذوا لان القبض لما انتقض
من الاصل كان هلاك بعض المبيع قبل القبض فوجب انتقاض البيع بقدره من نقص باع ابريق فضة
وزنه عشرون وقيمته ستون بعشرين درهما وتقابضا ثم مات ولا مال له سوى الابريق وله
الوديعة دين على رجل ولم تجز الورثة فهو نظير مسئلة الثمر الا انه اذا خرج الدين هنا لا يؤمر
الورثة برد شيء مما اخذوا لان انتقاض القبض من الاصل اوجب انتقاض الصرف في ذلك القدر
والمنتقض لا يعود ولو اسلم عشرين درهما في كر يساوي ستين وتقابضا ثم مرض رب السلم واقال
السلم مع المسلم اليه بعد طول الاجل ثم مات ولم تجز الورثة صحت الاقالة في النصف ووقعت
النصف واذا خرج الدين صحت الاقالة في النصف الآخر وان انتقض القبض من الاصل لان القبض
شرط لصحة الاقالة اشترى رجل عبدًا قيمته ثلثمائة بمائة وتقابضا ثم مرض المشتري فاقال
البيع ثم مات ولم تجز الورثة الاقالة وله الف على رجل فان شاء ابطل الاقالة ولا شيء له
وان شاء امضاها فان امضى نفذت الاقالة في ثلثة اثمان العبد وتوقفت في خمسة اثمانه لان المريض
حابا بالاقالة بمائتين والمحاباة وصية فتنفذ في الثلث وثلث ماله مائة وهو قدر ثلاثة
اثمان المحاباة فان خرج دينه فان كان العبد قائما تنفذ الاقالة في الباقي لزوال المانع
وان كان هالكا لا يعطى الورثة شيئا لان المعقود عليه هلك قبل تمام الاقالة لان الاقالة
موقوفة في خمسة الاثمان وانه يوجب انتقاض الاقالة لهلاك المبيع قبل القبض واذا انتقض

الاقالة

٢٧٧

باب الوصي وما يملكه

الاقالة عاد حكم البيع السابق فلهذا لا يضمنون
ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في وجهه رد لانه متبرع في ذلك فان شاء
دام عليه وان شاء رجع اذ ليس للموصي الزام ولاية التصرف على الغير وليس في الرجوع تغرير لانه يمكنه
ان يوصي غيره وان ردها في غير وجهه فليس برد لانه لما قبل في وجهه اعتمد الموصي على قبوله فلم
يوص الى غيره فلو جوزنا رده في حياته او بعد مماته لصار الميت مغرورا وذلك باطل الا ترى ان الوكيل
اذا اخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرور والضرر المنهيين ولان تحمل الغرور
والضرر عن الميت هو احق بالنظر اولى فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء
رد لانه متبرع في التصرف للغير ولا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة ولا غرور فيها في رده انما
الموصي هو الذي اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصية ام لا فان باع شيئا من تركته بعد موته
فقد لزمته الوصية لوجود دليل القبول اذ التصرف هو المقصود وهو معتبر بعد الموت لانه اوان
ولايته بعد الموت وتنفيذ البيع لصدوره من الموصي وسواء علم بالوصاية حين باع او لم يعلم بخلاف ما
لو وكله رجل بالبيع فباع شيئا من متاعه وهو لا يعلم بالوكالة حيث لا ينفذ لان الايصاء اثبات خلافة
لثبوته او ان انقطاع ولايته واذا كان استخلافا صح بغير علم كالوراثة فاما التوكيل فاثبات الولاية
وليس باستخلاف لثبوته في حال قيام ولاية الموكل فلا يصح بغير علم ويثبت عليه كاثبات الملك بطريق
البيع والهبة ومن اعلمه بالوكالة فهو جائز سواء كان المخبر حرا او عبدا او فاسقا او صبيا عاقلا
وقد سبق تقريره وان مات الموصي وهو لم يقبل ولم يرد في حياته فقال بعد موته لا اقبل
ثم قبل صح ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل وقال زفر ان قال في غيبته في حياته
او بعد وفاته لا اقبل ثم قبل لا يصح ولا يكون وصيا لبطلان الايصاء بالرد كالرد
في وجهه ولنا انه لا يبطل الايصاء بمجرد قوله لا اقبل لان في ابطاله ضررا بالميت
والضرر واجب الدفع نعم في ابقاء الايصاء ضرر على الوصي لكنه مجبور بالثواب
وذلك غير مجبور بشيء وكان دفعه اولى فان كان القاضي اخرجه عن الايصاء حين قال لا اقبل
فاذا قبل بعد ذلك لا يصح لانه صح اخراجه لان الموضع موضع اجتهاد اذ الرد صحيح
عند زفر فنظر في دفع الضرر عن الوصي وللقاضي ولاية دفع الضرر عن الناس فينفذ قضاؤه ويبطل

الاحالب فلا يعتبر القبول بعده ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية
ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج عن الوصية انما يكون بعد الوصية
وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل في جميع هذه الصور وقيل
في العبد معناه بالحاجة لعدم ولايته وعدم استبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل
في الكافر باطلة ايضا لانه لا ولاية له على المسلم ووجه الصحيح ثم الاخراج ان الايصاء
الى الغير انما يكون شرعا لينتفع به نظر الموصي لنفسه ولاولاده وبالايصاء الى هؤلاء لا يتم معنى النظر
وان وجد اصل النظر لكون العبد اهلا للتصرف وليس مولى عليه من جهة من ينصرف عليه
ولكون الفاسق من اهل الولاية والخلاف فيه ثابتا وتصرفا حتى لو تصرف نفذ تصرفه ولثبوت ولايته
الكافر في الجملة حتى ينفذ شراؤه عبدا مسلما لتوقف ولاية العبد على اجازة سيده وتمكنه من الحجر
بعدها واشتغاله بخدمته فيبوتهم النظر استيفاء حقوق الميت ويتوهم الخيانة من الكافر للمعاداة
الدينية ومن الفاسق لفسقه فيخرجه القاضي من الوصاية ويجعل مكانه وصيا تتميما للنظر وشرط
في الاصل ان يكون الفاسق منهما مخوفا عليه في المال وهذا عذر ظاهر في تبديله بغيره ومن اوصى
الى عبده وورثته كلهم صغار صح وان كان كبارا او صغارا او كبارا لم يصح وهذا عند ابي
حنيفة وعندهما لا يصح في الوجهين لان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع
ولان الايصاء اثبات الولاية وهو ليس باهل لها لان الرق ينافيها ولان الولاية للوصي مثل
الولاية للموصي وولايته لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه كان يملك بيع رقبته والعبد
بحكم الايصاء اليه لا يملك وكان فيه نقض الموضوع وله انه اوصى الى من هو اهله فيصح
كما لو اوصى الى مكاتب نفسه او مكاتب غيره وهذا لانه مكلف مستبد بالتصرف وليس لاحد
عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا فليس لهم ولاية المنع فكان اهلا للايصاء اليه
كالحر والظاهر ان شفقته عليهم اكثر من شفقة الاجنبي ولهذا اختاره للايصاء حالا او عند الغير
لانه مولى عليه وكذلك ما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه او لمنعه فيعجز عن الوفاء به
فامتنع الجواز والايصاء قد يتجزى فيقدر دفع هذا على ابي حنيفة انه قال اذا اوصى الى احد في الدين
والى اخر في العين كان كما قال ولا يكون كل واحد منهما وصيا فيهما او يصار الى تجزى الايصاء

لا

كيلا يؤدي الى ابطال اصله اذ تغيير الوصف بتصحيح الاصل احق ولو كان الرق يمنع الايصاء
لم يجز الايصاء الى المكاتب فصل ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية
ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وذلك لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر لصيانته ونقصان
عن نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر وان كان قادرا على
التصرف امينا فيه فليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره لكان دونه لانه مختار الميت
وعنه لا مكان ايقاء اولى الا ترى انه يقدم على اب الميت مع كمال شفقته فلان يقدم
على غيره احق وكذا اذا اشتكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله
حتى يبدو له منه خيانة لان الوصي اختاره ورضي به والشاكي قد يكون ظالما في شكواه فما
لم يتبين خيانته لا يحتاج القاضي الى الاستبدال به فان علم منه خيانة عزله لان الموصي
اعتمد عليه لامانته والظاهر انه لو علم خيانته لعزله والقاضي بعد موته قائم مقامه في
النظر فيعزله ويقيم غيره مقامه نظرا للميت ومن اوصى الى رجلين لم يكن لاحدهما ان يتصرف
عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في اشياء معدودة وقال ابو يوسف ينفرد كل
واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت
لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد كملا على الانفراد كالاخوين في ولاية النكاح وكذا اذا
شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزي لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة
والعدالة لا تتجزى ولهما ان سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض
وانما فوض الولاية اليهما جملة وهذا الشرط مفيد يثبت بدون ذلك الشرط وهذا لان
الموصي انما رضي برأي اثنين ورأي الواحد لا يكون كرأيهما بخلاف الاخوين في النكاح لان
السبب ثم الاخوة وهي قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء وهو اليهما
لا الى كل واحد منهما ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ خاطب
يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه
فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فبطل اصل الدين الذي عليهما ولهما الا في اشياء
المعدودة لانها من باب الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع وهي تجهيز وشراء الكفن

العاجز من ... يعجز عن القيام بالوصية ... ولو كان عاجزا العزله ... ولم يشتكي العدل ... التصرف

لانه يبتني على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت ولو فعله
جيرانه عند الفرقة وانه صح وشرا ما لا بد للصغار منه من الطعام والكسوة دفعا لحاجتهم ففي
التاخير خوف هلاكهم جوعا وعريا والاتهاب لهم لانه ليس من باب الولاية ولهذا يملكه الام
ومن يعوله وان كان اجنبيا ورد وديعة معينة ورد المغصوب والمشترى شرا فاسدا
وحفظ الاموال وقضا الدين وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد معين لانها لا تحتاج الى راي وبيع
ما يخاف عليه التلف وجمع الاموال الضايعة لان فيه ضرورة والخصومة في حقوق الميت
لانه لا يمكن اجتماعهما عليه فانهما وان حضرا تكلم الا احدهما ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين
بالخصومة فاحد الوصيين اولى واما البيع والرهن والاجارة والكتابة والتقاضي اي الاقتضا
وما اشبه ذلك فعلى الاختلاف لانها تبتني على الراي والولاية اما غير التقاضي فظاهر وكذا
التقاضي لانه رضي بامانتهما في القبض لا بامانة احدهما ولانه في معنى المبادلة خصوصا عند اختلاف
الجنس ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد قال بعض مشايخنا ينفرد كل واحد منهما بالتصرف
كالوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد لانه اذا افرد فقد رضي براي الواحد والاصح
ان الخلاف في الفصلين لان وجوب الوصية يكون عند الموت وعند الموت ثبتت الوصية لهما معا
بخلاف الوكيلين لان عقده ثم اثابه كل واحد منهما منابه على الانفراد وان مات احدهما وقد اوصى
الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية كما اذا اوصى الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى
نصب وصي اخر لان راي الميت منهما باق حكما براي من يخلفه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الحي
لا ينفرد بالتصرف لان الموصي لم يرض بتصرفه وحده فلا يكون للوصي ان يوصي كما يعلم ان الموصي
لم يرض به بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان المتوفى رضي براي المثنى وقد وجد والاصح ان القاضي
يضم اليه غيره اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان الحي عاجز عن المقصود بالتصرف والقاضي قايم مقام الميت
في النظر لعجزه عن النظر لنفسه فينصب اليه وصيا اخر نظرا له واما عنده فلان الحي منهما وان قدر على
التصرف الا ان الموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وقد امكن تحقيق مقصوده بنصب وصي اخر
مكان الميت وان اوصى الى حمالة العمر ونتساوى الدعوى الى اخر فهما وصيان في الدين والعين
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد كل واحد منهما وصي فيما سمي له خاصة وهو رواية عن ابي حنيفة

وابي

وابي يوسف لا بهذا تفرد عكم لا من قبل محل الوكالة ولهما انه استخلف فيما كان له من الولاية والولاية
لا تتجزى فاثبتنا لكل واحد كملا ولهذا لو اوصى الى انسان في نوع ولم يوص الى غيره فهو وصي في الانواع
كلها واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وعند الشافعي لا يكون
الثاني وصيا في تركة الميت الاول لان الوصي كالوكيل لانه فوض اليه التصرف بعد الممات والوكيل
فوض اليه التصرف حال الحياة ثم الوكيل لا يملك ان يوكل غيره فكذا الوصي والفقه فيه ان الموصي رضي
برايه لا براي غيره والناس يتفاوتون في الراي ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه
فيملك الايصا الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل في المال الى الوصي
والى الجد في النفس ثم الجد فيما انتقل اليه قام مقام الاب فكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف
عن الاول وباعتبار هذه الخلافة جعل الاول قايما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل
وقد كانت له ولاية في التركتين عند الموت فقام الثاني مقامه ولانه لما استعان به في ذلك
مع علمه انه قد تخترمه المنية قبل اتمام مقصوده وهو ان يتدارك بدلائه ما فرط فيه بنفسه
صار راضيا بايصايه الى الغير في ذلك لما فيه من تحصيل مقصوده وبه فارق الوكيل لان
الموكل ثم قايم يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يتضمن توكيله اياه الرضا بتوكيل غيره
او الايصا الى غيره عند موته وكذا لو قال جعلته وصيا فيما تركت صار وصيا في تركته وتركة
موصيه في ظاهر الرواية لان تركته تركة موصيه ايضا وعند ابي يوسف ومحمد لا يصير وصيا في
تركة الوصي فقط لانه نص عليه وتصح قسمة الوصي عن الورثة الغيب مع الموصى له ولا تصح قسمة
الوصي مع الورثة عن الموصى له الغايب والفرق ان الوصي خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت
ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشرا المورث حتى يكون الولد حرا فصلح
الوصي خصما عن الوارث نيابة عنه لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه وصار
تصرفه كتصرفه اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي لا
يشارك الموصى له لان الهلاك بعد تمام القسمة على نفسه وقع الهلاك في قسمته اما الموصى له
فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لان للموصى له ملكا جديدا الا انه يبقى له ما كان من الملك
للميت ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرا الموصي حتى يكون الولد رقيقا

فلم يصلح الوصي خصما عنه عند غيبته واذا لم تصح القسمة هنا لعدم ولاية عليه فلو هلك ما افرز
له عند الوصي كان له ثلث ما بقي في يد الورثة لان القسمة لم تنفذ عليه فما هلك يهلك على التركة وما
بقي بقي على التركة لانه هلك قبل القسمة غير ان الوصي لا يضمن لانه دام على القبض الاول وكان امينا
فيه فصار كما لو هلك بعض التركة قبل القسمة فان قاسم الورثة واخذ حظ الموصى له فضاع رجع
الموصى له بثلث ما بقي من التركة لما ذكرنا وان كان اوصى بحج فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت
بثلث ما بقي وكذا ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان الثلث مستغرقا
لم يرجع بشيء والا رجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء وقد سبق تقريره في الحج ومن اوصى بثلث
الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسم والموصى له غائب صحت القسمة لان الوصية قد صحت
للموصى له وان كان غائبا لان للقاضي ولاية على الغائب فكانت قسمته كقسمة الغائب بنفسه
ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول صارت الوصية ميراثا لورثته الموصى له عنه واذا صح
فللقاضي عليه ولاية النظر وكان له ان يفرز نصيبه ويقبضه فاذا فعل ذلك صح حتى لو هلك
المقبوض ثم حضر الغائب لم يكن له على الورثة سبيل ووصي باع عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء
صح بيعه لان الوصي قائم مقام الموصي ولو باعه الموصي حيا في مرض موته صح بغير رضا الغرماء
وبغير محضر منهم مع تعلق حقهم به فكذا اذا باعه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بمعنى
المال وهو المالية لا بعين المال وهو المالية لا بعين المال والبيع لا يبطل المعنى لفواته
الخلف وانما يبطل الصورة ولا حق لهم في الصورة وهذا بخلاف المولى اذا باع عبده المأذون
المديون بغير محضر من الغرماء حيث لا ينفذ لان للغرماء حقا في سعاية المأذون والبيع
يبطله فاما المديون هنا فلا حق للغرماء الا في الثمن فصح ابقاء حقهم بغير محضرهم ومن اوصى
ببيع عبده من فلان والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فهلك في يده واستحق
العبد ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه عاقد فيلتزم العهدة بالعقد على نفسه وهذه عهدة لانه
المشتري منه لم يرض بدفع الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب
عليه رده ويرجع في التركة الذي للميت لانه عامل للميت في تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل وكان
ابو حنيفة يقول لا يرجع لانه ضمن بفعله وهو القبض فلا يرجع على غيره ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع

في

في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية لانه لتنفيذها فيتقيد بمحلها
ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه انما يرجع عليه لانه صار مغرورا من جهة الميت وكان
الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين كل التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع فانه لا
عهدة عليه لان في الزام العهدة على القاضي تعطيل القضاء لتفادي الناس عن تقلد القضاء خوفا عن
لزوم الضمان وفي تعطيله تعطيل مصالح الناس وامين القاضي سفير عنه كالرسول ولا كذلك
الوصي لانه كالوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء
لم يرجع بشيء لان البيع وقع للميت لا للورثة وصار كسائر الديون التي تكون على الاموات المفاليس
ورجع الوصي وان قسم الوصي التركة فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه الوصي له وقبض الثمن فهلك في يده ثم استحق
العبد رجع المشتري بالثمن على الوصي في مال الطفل لانه باع له ويرجع الطفل على الورثة بحصته
لبطلان القسمة باستحقاق ما اصابه واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان ذلك خيرا لليتيم
صح وهو ان يكون الثاني املأ من الاول لان فيه تحقيق النظر وان كان الاول املأ لا يصح لان
فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وصح بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا
يصح بما لا يتغابن الناس بمثله لان تصرفه مقيد بالنظر قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا
البيع بالتي هي احسن ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لان في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم
امكان الاحتراز عنه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن
الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية اذ الاذن فك الحجر اما الوصي فتصرفه بحكم النيابة
الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يجوز بالغبن الفاحش لان العقد الذي فيه
كان غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه ولا يملكونها ويعرض القاضي مال اليتيم لا ابوه
ووصيه واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الشراء على حدة ويشهد عليه ويكتب كتاب الوصية
على حدة ويشهد عليه لانه لو كتب كتابا واحدا بان يكتب اشترى من فلان وصي فلان واشهد
عليه قوما فيهم من لم يشهد على الايصاء فربما يشهد بالكل فيكون حملا له على الكذب وهذا لانه قلما
يتفق الشهود على الامرين فيجعلا واحدا وصح بيع الوصي على الكبير الغائب في كل شيء الا في العقار
لانه قائم مقام الموصي والموصي هو الاب لا ولاية له على ابنه الكبير فكذا وصيه الا ان بيع المنقول

من باب الحفظ لانه يتسارع اليه اسباب التوى وكان البيع حفظا اذ حفظ الثمن ايسر والاب يملك
حفظ ماله فكذا وصيه وبيع العقار ليس من الحفظ لانه محفوظ بنفسه اذ لا يتسارع اليه اسباب
التوى حتى لو خيف هلاك العقار وهلاكه بيانه فيملك البيع في هذه الحالة من الحفظ والاصح
انه لا يملك ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة لانها من باب الولاية وقال ابو
يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام
ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم يقوم مقامهم وهم يملكون ما كان من باب الحفظ
فكذا وصيهم ووصي الاب يتقدم على وصيه كالاب ولبيان ان الاب مقدم على الجد ووصيه
قائم مقامه فيتقدم الاب معنى وهذا لان اختيار الاب للنظر وانما اختاره الوصي مع علمه بقيام الجد
دل ان تصرفه انظر لليتيم من تصرف ابيه فان لم يوص الاب الى احد فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب
الناس اليه ولهذا يملك الانكاح دون الوصي **فصل في الشهادة**
شهد ابنان ان اباهما اوصى الى زيد او وصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما فالشهادة
باطلة لانهما متهمان اما الابنان فيجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة واما
الوصيان فيثبتان لانفسهما معينا الا ان يدعيه المشهود له فيقبل استحسانا لان للقاضي
ولاية نصب الوصي ابتداء وولاية ضم آخر اليهما فيهما اسقاط مؤنة التعيين عن القاضي وليس
في شهادتهما اثبات حق فيقبل ونظيره في الشهادات وان شهد الوصيان لوارث صغير بشيء من مال
الميت او بغير مال الميت فشهادتهما باطلة لانهما يشهدان لانفسهما بولاية التصرف في المشهود به
وان شهد الوارث لوارث كبير بشيء من مال الميت لم تقبل وبشيء من غير ماله تقبل وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يقبل في الوجهين لانهما اجنبيان عن المشهود به اذ ليس لهما ولاية التصرف في التركة اذا
كانت الورثة كبارا فخلت الشهادة عن التهمة فيقبل وله ان الوصي متهم في هذه
الشهادة لانهما يثبتان لانفسهما حق الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث ان حفظ
مال الميت اليهما في حق الكبير اذا غاب ويثبتون عود الولاية بالجنون فكانا متهمين بخلاف شهادتهما
في غير التركة لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها وان شهد رجلان لرجلين ان
لهما على الميت الفا وشهد المشهود لهما ان للشاهدين على الميت الفا جازت شهادة الفريقين وان

٢٨١

وان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا
تقبل في الدين ايضا وذكر الخصاف ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تقبل وعلى قول محمد تقبل
وجه الرد ان الدين بعد الموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة بالموت ولهذا لو استوفى احدهما
حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتتحقق التهمة بخلاف
حال حيوة المديون وصحته حيث يقبل لانه في الذمة لبقائها لا في التركة فلا يتحقق الشركة
فلا تثبت التهمة ووجه القبول ان الدين يجب في الذمة وما يثبت في ذلك اصلا والاستيفاء
من ثمراته فوقعت الشهادة لغير الشاهد فتقبل ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما
لا يشاركه الآخر فيه وانما يشاركه الآخر اذا استوفى من التركة صونا لحق التركة حتى
لو كان في التركة سعة لا يشاركه الآخر فيه وهذا بخلاف الوصية لان الحق بالوصية لا يثبت
في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين
الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاجماع
لانه لا شركة في هذا الشاهد فلا تتحقق التهمة وان شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله
وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله لا تقبل لتمكن التهمة لان كل فريق يوجب
لنفسه شركة في المشهود به اذ الثلث يكون مشتركا بينهم وكذا لو شهدا انه اوصى لهذين
بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله لا تقبل لان الشهادة توجب شركة
في المشهود به **فصل** الاصل ان ولاية الوصي تتقيد بقدر ولاية
الموصي لانه انما يستفيد الولاية من جهة الموصي وان ولاية الحفظ تبع لولاية التصرف
فلا تظهر مع ولاية التصرف امة بين رجلين ولدت ولدا فادعياه معا وثبت نسبه منهما
فعتقت الامة وماتت وتركت مالا واوصت الى رجل فالولاية على ولدها وماله لابويه
دون وصيها لان وصي الام كالام وليس لها ولاية التصرف فكذا لوصيها وليس له ولاية
الحفظ ايضا لانها تبع لولاية التصرف فلا تظهر مع ولاية التصرف للوالدين حتى لو غاب الوالدان
ظهر ولاية الحفظ لوصي الام فيملك بيع العروض لانه من الحفظ وينفرد احدهما بقبول هبته
وصدقته وتزويجه وبالخصومة بما يدعى له او عليه وبقضاء دين عليه وشراء ما لا بد منه للصغير

في الطعام والكسوة ولا ينفرد بنقض دينه وشرا ما لا بد منه وقسمة مال مشترك وعند ابي يوسف
ينفرد لما مر فان مات الابوان او غابا او غاب احدهما فلوصيهما ولاية الحفظ وبيع ما يتعلق فان مات
احدهما عن وصي فهو لانه التصرف والحفظ للباقي من الابوين لانه يتعين ابا يقول عمر رضي الله عنه فان
غاب الاب الثاني يحفظ تركة الام لوصيها وحفظ تركة الاب لوصيه فان مات هذا عن وصي فوصيه
احق من وصيها ومن ابيه وكذا اوصى وصيه احق في جميع ما ذكرنا وان مات الاب الثاني بلا ابيها
وله اب وللاول اب او اب ووصي فالولاية للجدين واب الاول احق ووصيه لان الوصي انما
يقدم على الجد اذا كان للموصي ولاية كاملة دون الابعاد والاب الاول لم يكن له ذلك دون الابعاد
بخلاف وصي الاب الثاني حيث يتقدم على الجد لان لموصيه ولاية كاملة دون الابعاد وان مات
الابوان معا او متعاقبا ولم يدر الاول ولكل واحد وصي نزلا منزلتهما وان جن احد الابوين
جنونا مطبقا فالولاية للاخر كما في الموت وفي غير المطبق يتوقف فهو كالصحاح في حال الافاقة
وصح بيع الوصي كل التركة لدين لا يحيط او وصية والورثة كبار حضور عند ابي حنيفة
وقالا ليس له ذلك الا بقدر الدين والوصية لان البيع لاجلهما فلم يجز الا بقدرهما وله
ان كل جزء من اجزاء التركة مشغول به فانه اذا هلك شيء من التركة وجب قضاء الدين وتنفيذ
الوصية بما بقي وكان له بيع الكل لذلك وصح بيع العرض والعقار اذا كانت الورثة صغارا
كلهم سواء كانوا حضورا او غيبا على الميت دين او لا ولكن بيع عقار الصغير اذا كان على
الميت دين لا وفاء له انما يبيع بمثل القيمة او بما يتغابن الناس فيه فعلى هذا اجوبة السلف
وجواب المتاخرين انه انما يجوز بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من العقار
او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وعليه الفتوى
وان كانت الورثة كبارا كلهم فان كانوا حضورا ولا دين على الميت ولا وصية فليس للوصي
بيع شيء من التركة لعدم الولاية على الكبار وان كان على الميت دين فان كان محيطا بيع كل
التركة بالاجماع وان لم يكن محيطا بيع بقدر الدين اجماعا وفيما زاد على الدين بيع عنده
خلافا لهما وان كان الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار اذا لم يكن في التركة دين
ولا وصية وان كانوا صغارا او بعضهم حاضر وبعضهم غائب فعنده له بيع العروض والعقار

من نصيب الصغار والكبار لان له بيع نصيب الصغار وفي بيع نصيبهم شائعا ضرر اما الصغار
لان بعض العقار شائعا لا يشترى بما يشترى به الكل فله ولاية بيع الكل كما في العروض
وقالا له بيع نصيب الصغار من العروض والعقار وليس له بيع نصيب الكبار الحضور
فان كانوا غيبا باع عروضهم لا عقارهم لانه لا ولاية مع الحضور ولا له بيع عقار الكبار
الغيب لانه ليس من الحفظ ولو قال الوصي لصبي بلغ وطلب ماله انفقت عليك فقد نفقت
جعله او ادبت خراج ارضك صدق بلا بينة لانه امين وهذا من حوائجه فصار كالو
قال انفقت على محارمك او اديت ضمان غصبك او جناية عبدك ولو قال ابوه
العبد الذي في يد زيد ودفعت الثمن لم يصدق على ذي اليد لانه مدع في حقه وصدق في
حق الوارث لانه منكر للضمان ثم في كل موضع كان القول له فعليه اليمين ولو ادب الوصي او
الاب الطفل بالضرب فمات ضمن عند ابي حنيفة كالو ضرب الزوج زوجته للتاديب وعندهما
لا يضمن لان له ولاية التاديب وذا لا يحصل الا به فصار كالو ضربه معلم للتعليم باذن الاب
قلنا التاديب يحصل بالزجر والتعريك

كتاب الخنثى

اعلم ان الله تعالى خلق بني ادم ذكورا واناثا كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال
تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو
ذكر وانثى فعلم انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما منافاة وقد جعل
علامة التمييز بينهما الالة ثم قد يقع الاشتباه بان يوجد الالتان او لا توجد الالة اصلا
وتركيبه يدل على اللين والتكسر ومنه خنث السقا فاخناثه اذا ثناه فانثنى ومنه المخنث فالخنثى من
له فرج وذكر فان كان يبول من الذكر فهو غلام ويرث ميراث الغلام وان كان يبول من الفرج
فهو انثى ويرث ميراث الانثى لان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود ولد وله ما
للمراة وما للرجل كيف يرث فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه
ان الخنثى يورث من حيث يبول ولان البول من اي موضع كان دليل على انه هو العضو الاصلي
الصحيح والاخر بمنزلة العيب لان المنفعة الاصلية للذكر خروج البول وان كان يبول منهما
فالحكم للاسبق منهما خروجا لانه حين وجد وجد بلا معارض والاخر حين وجد وجد مع المعارض

فدل ببوحه على انه العضو الاصلي والاخر عيب وان استويا في السبق فهو خنثى مشكل عند ابي
حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه يدل على انه ذلك العضو وانه عضو اصلي ولان للاكثر حكم
الكل فيثبت له الترجيح وله ان كثرة الخروج لا يدل على القوة فربما يكون لتوسعة احدهما
وضيق الاخر ولان الشيء لا يترجح بالكثرة من جنسه فقال ابو حنيفة لما اخبره ابو يوسف بجوابه
هل رايت قاضيا يكيل البول بالاواقي وان كان يخرج منهما على السواء فهو خنثى مشكل بالاتفاق
لانه لم يوجد المرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء او احتلم كما يحتلم الرجل
او كان له ثدي مستو فهو رجل لان هذه من علامات الذكور وان ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل
له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لانها من خصائص النساء
فان لم يظهر احدى هذه العلامات او تعارضت هذه المعالم فهو خنثى مشكل

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحتياط
والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته فان وقف خلف الامام
قام بين الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا تفسد صلاتهم لاحتمال انه امرأة ولا يتخلل النساء
حتى لا تفسد صلاته لاحتمال انه رجل فان قام في صف النساء يعيد صلاته لاحتمال انه رجل
وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره ومن خلفه بحذائه
صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة وصلاته بقناع احب لاحتمال انه امرأة ويجلس في صلاته
كجلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة عند العذر وان كان امرأة
فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع يعيدها
استحبابا لاحتمال انه امرأة وان لم يعد جاز وتبتاع له امة تختنه لانه يباح للمملوكة
النظر الى ذكره ان كان رجلا ويكره ان يختنه رجل فربما يكون انثى او تختنه امرأة فربما يكون
رجلا فكان الاحتياط فيما ذكرنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لان بيت المال
معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها الى بيت المال
لانه وقع الاستغناء عنها ويكره له في حقه لبس الحلي والحرير لاحتمال انه رجل وان يخلو به غير
محرم من الرجال احترازا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه

لانه

لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له ترك لبس المخيط وقال محمد رحمه الله
يلبس لباس المرأة اي المخيط لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبس المخيط وهو رجل
ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت
خنثى لم يقع واحد منهما حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل
عبد لي حر وقال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لان العتق لا يثبت
بالشك وان قال القولين جميعا عتق للتيقن بانه ذكر او انثى لانه ليس بمهمل وان قال
الخنثى انا رجل لم يقبل قوله لانه دعوى بخلاف ما يقتضيه الدليل لاحتمال انه امرأة ولا
امرأة لاحتمال انه رجل وهذا لان حل الغسل ليس بثابت بين الرجال والنساء فييمم
بالصعيد لان المصير الى التيمم عند تعذر الغسل جائز وفي تيممه سواء كان ذكرا او انثى
ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل لاحتمال انه امرأة ولا امرأة لاحتمال انه رجل وان
سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى فقد اقاموا واجبا لانها عورة وسترها واجب
وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما
يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ويؤخر عن الرجل
لاحتمال انه امرأة وان دفن مع رجل في قبر واحد لعذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه
امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة جعل الخنثى قدام المرأة لاحتمال انه رجل
وان جعل على السرير نعش امرأة فهو احب لاحتمال انه عورة وعن محمد انه يوضع النعش عليه
مقلوبا اخذا بحالة حال المرأة وحال الرجل ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب يعني يكفن
في خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقاموا سنته وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث
ولا باس بذلك واما حكم ميراثه فللخنثى المشكل اقل النصيبين يعني اسوأ الحالين عند ابي حنيفة
واصحابه وهو قول عامة الصحابة وعليه الفتوى حتى لو مات رجل وترك ابنا وخنثى مشكلا
فالمال بينهما اثلاثا سهمان للابن وسهم للخنثى وهو نصيب البنت وعند الشعبي وهو قول ابن
عباس رضي الله عنهما له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول ابي يوسف اولا لان
حاله مترددة والاصل في المال اعتبار الاحوال عند التردد وتوزيع المال على الاحوال

كما في الطلاق المبهم والعتاق المبهم ثم اختلف ابو يوسف ومحمد في قياس قوله في التسمية في الخنثى
والابن المعروف فقال ابو يوسف قياسه ان يكون المال بينهما على سبعة ثلاثة للخنثى واربعة للابن
المعروف لان الابن يستحق نصيب الابن وهو سهم فنعطيه نصف النصيبين وذلك ثلاثة ارباع سهم لان نصف
نصيب الذكر نصف سهم ونصف نصيب الانثى ربع سهم او نعطيه النصف المتيقن مع نصف المشكوك
فصار له ثلاثة ارباع سهم وبعد البسط وهو جعل الصحاح من جنس الكسر والصحاح وهو تسمية كل
كسر بهما صحيحا تصير للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لانا نجعل كل ربع سهما فيصير المجموع سبعة وقال
محمد قياس قوله ان يكون المال بينهما على اثني عشر سهما للابن المعروف سبعة وللخنثى خمسة لانه
لو كان ذكرا لكان له نصف المال ولو كان انثى لكان له ثلث المال فيكون له نصف النصف ونصف
الثلث والباقي للابن فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وثلث ولثلثه نصف واقله اثنا عشر
في حال له نصف ونصفه ثلاثة وفي حال ثلث وثلثه اثنان فيكون خمسة والباقي وهو سبعة للابن
ان الحاجة الى اثبات المال ابتداء والاول متيقن وفيما زاد عليه شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك
حتى لو قدر ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا بان يكون الوارث زوجا
واما واختا لاب وام هي خنثى او امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعند ابي الاول
للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي
للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما فيجعل ذكرا فيهما لانه لو كان انثى في المسئلة الاولى يعول الحساب
الى ثمانية لانه يكون صاحب فرض فرضها فرضها النصف من ستة وللزوج ثلاثة وللام سهمان ولو كان
ذكرا يكون له الباقي سهم وسهم من ستة اقل من ثلاثة من ثمانية ولو كان انثى في المسئلة الثانية
لكان له نصف المال ستة من اثني عشر فتعول الى ثلاثة عشر ولو كان ذكرا لكان للمراة الربع
وللاخوين لام الثلث من اثني عشر وللخنثى خمسة وخمسة من اثني عشر اقل من ستة من ثلاثة عشر لانه نصف
المال بنصف سهم فكذا بهم ولو ماتت امراة وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فللزوج
النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شيء للخنثى لان اسوا حاله ان يكون ذكرا لانه لو جعل ذكرا لا
يصيبه شيء ولو جعل انثى لكان له السدس تكملة للثلثين ويعول المسئلة فجعل ذكرا والله اعلم

باب مسائل شتى

ايما الاخرس وكتابته كالبيان في الوصية

والنكاح والطلاق والبيع والشراء والقود لا في الحدود بخلاف معتقل اللسان اعلم
انه اذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى براسه
اي نعم او كتب نعم فاذا جاء من ذلك ما يعلم انه اقرار فهو جائز ولو اعتقل لسان الرجل فقرئ عليه
وصيته فاشار براسه اي نعم او كتب فهو باطل وقال الشافعي هما سواء وكذا يجوز وصيته كما
يجوز الاخرس لان علة الجواز العجز وهو يشملهما ولا فرق بين الاصلي والعارض كالاهل اذا ندّ
فهو في الذكاة كالوحشي ولم يفصل بين الاصلي والعارضي وكذا هنا والفرق لنا ان الاشارة
انما تقوم مقام العبارة اذا صارت معهودة وذا لا يتحقق في العوارض وانما يتحقق فيما
كان اصليا كالاخرس حتى لو اعتقل لسان المريض وامتد وصارت له اشارة معلومة كان الحكم
كما في الاخرس كذا قالوا ولان الضرورة في الاصلي لازمة وفي العارض على شرف الزوال
فلا يتقاسان كالصغر مع المتقطرها والآبدة خصت بالنص بخلاف القياس قال صلى الله
عليه وسلم ان لها اوابد كاوابد الوحش ولذلك استوى الوحشي والمتوحش فيجوز نكاح الاخرس
وطلاقه وعتقه وبيعه وشراؤه وقبضه وتبيض له اذا كان يكتب او يومي ايماء يعرف به
ولا يحد ولا يجد له اما الكتاب فلانه من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر فانه صلى الله عليه وسلم
مامور بالتبليغ وقد بلغ مرة بالعبارة وطورا بالكتاب الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز
والعجز هنا اشد لتوهم ارتفاع الغيبة وعدم توهم ارتفاع هذا فصار به احق ثم الكتاب على ثلاثة
اوجه مستبين مرسوم اي معنون وهو يجري مجرى النطق في الحاضر والغائب على ما قالوا
ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وهو ليس بحجة الا بالنية والبيان
لانه بمنزلة الكناية من الصريح ولا يصلح حجة من الاخرس وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو
بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فهو حجة من الاخرس في حق هذه الاحكام
للضرورة لانها من حقوق العباد ولا تختص هذه التصرفات بلفظ خاص بل يثبت بالفاظ كثيرة
وبالفعل يدل على القول فكذا يجوز ان يثبت باشارته لحاجته الى ذلك والغالب في القصاص حق
العبد والحدود حق الله تعالى وهي تسقط بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة
ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لعدم القذف صريحا وهو الشرط لما مر في الحدود والقرى

الحدود والقصاص ان الحد لايقام الا ببيان لا شبهة فيه الا يرى ان الشهادة بالوطي الحرام والاقرار
لا توجب الحد وان كان مطلق الحرمة ينصرف الى الزنا والقصاص يقام بالشهادة او الاقرار بمطلق القتل
وان لم يوجد التصريح بالعمد والحاصل ان القصاص عوض لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة
كسائر الاعواض التي هي حق العبد اما الحدود فمشروعة للزجر جزاء ليس فيه معنى العوض فلا تثبت مع
الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في القصاص والذي
يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا مقارنا للدليل وان يكون الكتاب كالاشارة وهو الاشبه
لانه لا يمكن الوصول الى النطق هنا للآفة المانعة عنه فامكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام
اهليته وذلك المسئلة ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما يقوله بعض
مشايخنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة
مع وجود الكتابة لانه جمع بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة
ضرورية الا ان في الكتابة بيانا لم يوجد في الاشارة لانه يفهم المقصود منها بلا شبهة بخلاف
الاشارة ففيها نوع ابهام وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لان الاشارة اقرب الى النطق
من اثار الاقلام فاعتدلا وان كان رجلا صمت يوما او يومين بعارض فكتب او اشار بشيء من ذلك
لم يعتبر ذلك منه في شيء من التصرفات لان آلة النطق معه قائمة فهو كمن اعتقل لسانه بسبب المرض
وقيل هو تفسير معتقل اللسان غنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى
فيه واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا في حال الاختيار بان يجد ذكية
سواها واما في حال الضرورة يتحرى واكل سواء كانت المذبوحة اكثر او كانا سواء او كانت
الميتة اكثر لان الميتة يحل عند الاضطرار فالمختلط اولى ولكن مع هذا لا يأكل بغير تحري لان
التحري دليل يوصل الى الحلال في الجملة فلا يجوز تركه بلا ضرورة وقال الشافعي لا يحل له
الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه الا
عند الضرورة ولا ضرورة اذ الحال حال الاختيار ولنا ان الغلبة تقوم مقام الضرورة
للضرورة في اثبات الاباحة لانا نعلم ان اسواق المسلمين لا تخلو عن الحرام ومع هذا جاز
التناول بالشرى وغيره باعتبار الغالب وهذا لان القليل لا يمكن التحرز عنه ويتعذر الامتناع

فصار عفوا كقليل النجاسة القليلة والانكشاف القليل بخلاف ما اذا اختلطت الاواني
والاول طاهر فانه لا يتحرى ويتيمم عندنا خلافا للشافعي لان التراب يقوم مقام الماء فلا ضرورة الى
التحري ولا يعق عن الغلام ولا عن الجارية والمراد انه ليس بواجب ولا سنة ولكنه مباح
وقال الشافعي هو سنة لانه صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا ويذبح عن الغلام
شاتان وعن الجارية شاة والتعليق بالمحبة ينفي الوجوب والسنة يبطل الشرط الفاسد وجهالة
البدل العتق والنكاح والصلح عن دم العمد لانها معاوضة مال بما ليس بمال فلا
يبطل بالشرط الفاسد لانه لا يدخل الربوا فيهما ولا يبطل بجهالة البدل كما لو عدم البدل
والكتابة يبطل بجهالة البدل اذا كانت فاحشة لا بالشرط الفاسد لان الكتابة لا تصح
بدون البدل والمجهول لا يصلح بدلا وان جمع بين شيئين فقبل العقد في احدهما في القسم
الاول لا يصح سمى لكل واحد بدلا او لم يسم وصح في القسم الثاني بكل حال وفي القسم
الثالث ان سمى لكل واحد منهما بدلا صح والا لا رجل قال لامرأته تعطي هذين العبدين
بالف او قال على ان كل واحد منهما بخمسمائة فقبل في احدهما لا يصح وكذا لو اخر
فقبل في احدهما او قال فاستقبل على ان هذا وهذا الي وهذا وهذا لك فقبل في احدهما
وكذا لو جمع بين الاجارة والبيع او القسمة او بين القسمة وبين البيع او جمع بين الكل
واجمل او فصل فقبل في احدهما لان هذه العقود يبطل بالشروط الفاسدة وضم
العبد الى الرديء مفسد فصار القبول في احدهما شرطا لصحة القبول في الاخر فاذا لم
يقبل صار فاسدا ولو قال زوجتك هاتين الامتين بالف فقبل نكاح احدهما او قال
لزوجتيه خالعتكما بكذا فقبلت احديهما او قال لعبديه اعتقتكما بالف فقبل احدهما
او كان له حلس على رجل فصالحا او قال صالحتكما على الف فقبل عن احدهما صح لان هذه
العقود لا يبطل بالشرط الفاسد ولو قال لعبديه كاتبتكما بالف فقبل احدهما
لا يصح وان فصل فقبل احدهما صح وان جمع بين النكاح والبيع او الاجارة فقبل
احدهما ان قبل النكاح صح وان قبل البيع او الاجارة لا وعلى هذا غيرهما وان جمع
بين الكتابة والطلاق او العتاق ان قبل الطلاق او العتاق صح اجمل او فصل وان قبل

الكتابة ان فصل صح وان اجل لا اقتدى بزيد فظهر عمرو لم يجز ويقتدى باهل الاهواء
ان لم يكفر رجل له ارض يزرعها او حانوت يستغلها وعليها لا تلقى له ولعياله لم تحل له الزكوة
والاحل نوى قضاء رمضان ولم يعين يوما صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلوة صح وان لم ينو
اول صلوة عليه او اخر صلوة عليه دخل دمع كثير في فم الصائم حتى وجد ملوحته وابتلع فسد صومه
ولو كان قليلا كقطرتين لا فسد بعض الحاج عذر في ترك سنة [illegible] وجاز الدخول عليها وهو
يسكن معها في بيتها [illegible] طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بازاء الواحدة
قال لعبده يا سيدي او لامته انا عبدك لا يعتق ان فعلت كذا ما دمت ببخارا فخرج منها ثم
رجع وفعل لم يحنث باع انا لا يدخل [illegible] في البيع [illegible] وولاية القاضي لا يصح قضاؤه
شهد على شهادة شيء صح بلا عذر قال المدعي لا بينة لي ثم برهن او قال الشهود لا شهادة لنا
ثم شهدوا تقبل فلعله نسي ثم تذكر او لم يكن لهم شهادة ثم [illegible] وقال محمد لا تقبل لانه صار متناقضا
ولا قول للمتناقض والاصح قول الجميع لما بينا [illegible] على عرشي [illegible] بالوضع او يدين
لانسان ثم قال كنت كاذبا في اقراري حلف المقر له ما كان كاذبا فيما اقر لك به ولست بمبطل
فيما ادعيته عند ابي يوسف وعندهما يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له والفتوى على انه يحلف
المقر له لان العادة بين الناس انهم يكتبون صك الاقرار ثم ياخذون المال ولو قال له
علي عشرة دراهم الا ثلثة الا درهما لزمه ثمانية لانه استثناء درهم من الثلثة المستثناة فبقي
درهمان فيلزمه ثمانية والاصل فيه قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته استثنى
آل لوط من المهلكين ثم استثنى امرأته من آله والحقها بالمهلكين وان قال الا سبعة الا
خمسة الا ثلثة الا درهما لزمه ستة فاستثنا درهما من ثلثة ثم درهمين من الذي يليه ثم [illegible]
وكلها بطلاقها لا يملك عزلها خوفها بالضرب حتى وهبت مهرها لا يصح ان قدر على الضرب
ولو ان احالت رجلا على الزوج بالمهر ثم وهبت المهر للزوج لا يصح عمر دار زوجته بماله
باذنها فالعمارة لها والنفقة عليها وان كان بلا اذنها فالنفقة فله ولو عمر بماله بلا اذنها
فالعمارة لها متطوع في النفقة وعلى هذا سائر الاملاك كالكرم وغيره وكره اكل حياء وخصية
وغدة ومثانة ومرارة ودم [illegible] ذكر للقاضي اقراض اللقطة ومال الغائب سعى الحافظ النجم في

كل

كل اربعين يوما اخبار [illegible] حانوتا في وسط البزازين منع منه وكره اكل ضرع عاشر جعل
شيء من الطريق مسجدا او جعل شيء من المسجد طريقا للعامة صح اهل بلد تركوا الختان حاربهم
الامام لانهم تركوا السنة اسلم شيخ وقيل انه لا يطيق الختان يترك لان ترك الواجب
بالعذر جائز فترك السنة اولى وابتدا الوقت المستحب للختان سبع لانه اذا بلغ سبع
سنين يؤمر بالصلوة فيؤمر بالختان حتى يكون ابلغ في التنظيف وان كان اصغر من ذلك قليلا او كثيرا
لا باس به قطع الاكثر الجلدة ختان لا اقلها الصبي اذا كانت حشفته ظاهرة ولا يمكن ان
جلدة ذكره ليقطع الا بتشديد وحشفته ظاهرة بحيث لو راى انسان يظنه مختتنا لا
يشدد عليه ويترك ولو عزم على الكبر بعد سنه يكره في الحال كره مسح اليد والسكين بالخبز
ووضع الخبز تحت القصعة او المملحة وانتظار الادام ان حضر الخبز واكل الطعام حارا وشمه
ونفخه والاعطاء باسم النيروز والمهرجان وبابه [illegible] وعليه التكلان

كتاب الفرائض

الفرض التقدير وقيل لانصباء المواريث فرائض لانها مقدرة لاصحابها ثم قيل للعلم
لمسائل المواريث علم الفرائض وللعالم به فرضي ثم تعلمه مندوب اليه وان كان فرض كفاية
للاخبار الواردة فيه منها الفرائض نصف العلم وانه اول علم ينسى وينزع من صدور هذه الامة
وانما سمي نصف العلم اعتبارا بالحالتين الحياة والممات او لبيان الملك والمتعلق بالتركة حقوق
اربعة مرتبة فيبدا من تركة الميت بتجهيزه وتكفينه اعتبارا بحالة الحياة لقوله تعالى والذين
اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا الاية ثم ما بقي من التركة بعد التجهيز والتكفين قضاء
الدين بالنص ثم يقسم الباقي من المال بين ورثته وهم ثلاثة اصناف اصحاب الفرائض والعصبات
وذوي الارحام فيبدا بذوي الفروض بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحقوا
الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر ثم بالعصبة النسبية ثم بالعصبة السببية
بعد حقوقهم ثم ذوي الارحام ثم مولى الموالاة ثم المقر له بالنسب على الغير لم يثبت نسبه
باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره كالاقرار باخ او اخت ثم الموصى له بجميع المال ثم بيت المال
اما ذو الفرض اي ذو السهم المقدر فاصناف الاب وله السدس مع الابن او ابن الابن

وان سفل والفرض والتعصيب مع البنت او بنت الابن وان سفلت والتعصيب المحض عند
عدم الولد او ولد الابن وان سفل لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك
ان كان له ولد فهو نص على انه ذو فرض مع الولد وفرضه السدس الا ان الولد يطلق على الابن
والبنت فان كان الولد ابنا فللاب فرضه وهو السدس والباقي للابن لقوله صلى الله عليه وسلم
الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر واولى رجل من العصبات الابن وان كان الولد
بنتا فللاب سدسه وللبنت النصف والباقي للاب لانه اولى ذكر من العصبات عند عدم الابن
والحالة الثالثة ثبت بقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث صدر الكلام اوجب
الشركة ثم تخصيص الام بالثلث دليل على ان الاب يستحق الباقي فهو نص على انه عصبة حال عدم
الولد والجد الصحيح وهو الذي لا يدخل في نسبته الى الميت ام كاب الاب او اب اب الاب فان
دخل في نسبته الى الميت ام فهو فاسد كاب ام الاب او كاب اب ام الاب او كاب اب ام اب الاب
فانه من ذوي الارحام ثم الجد الصحيح كالاب عند عدمه الا في رد الام الى ثلث ما بقي وحجب ام
الاب لما ياتي بعد ان شاء الله تعالى وهو يحجب جميع الاخوة والاخوات عند ابي حنيفة وعليه
الفتوى وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي ومالك للجد افضل الامرين مع بني الاعيان والعلات
اما المقاسمة وهو ان يجعل الجد كاحد الاخوة في القسمة وبنو العلات يدخلون في القسمة
فاذا اخذ الجد نصيبه يخرجون بغير شيء واما ثلث كل المال بيانه اذا ترك جدا واخا لاب وام
فالمال بينهما نصفان والمقاسمة خير له من الثلث ولو ترك جدا واخوين فالثلث هنا والمقاسمة
سواء ولو ترك جدا وثلاث اخوة فالثلث هنا خير من المقاسمة لان بالمقاسمة يحصل له الربع
ولو ترك جدا واخا لاب وام او لاب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان كان مع الجد
والاخ ذو فرض فللجد افضل الامور الثلاثة بعد فرض ذي السهم اما المقاسمة كزوج وجد
واخ للزوج النصف والباقي بين الجد والاخ نصفان فيحصل للجد ربع المال وثلث الباقي
يكون سدس جميع المال واما ثلث ما بقي كجد وجدة واخوين واخت لاب وام او لاب فللجدة
السدس وللجد ثلث ما بقي لانه خير له فتضرب مخرج الثلث في ستة يبلغ ثمانية عشر للجدة سدسها
ثلاثة يبقى خمسة عشر ثلثها للجد وهي خمسة يبقى عشرة اربعة لكل اخ وللاخت سهمان واما سدس جميع المال

لزوج

٢٨٧

كزوج وجد وبنت وام واخت اصل المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلاثة عشر للزوج الربع
وللبنت النصف وللام السدس وللجد السدس ولا شيء للاخت وللام السدس مع الولد
او ولد الابن وان سفل او اخوين او اختين من اي جهة كانا وثلث الكل عند عدم هؤلاء
المذكورين لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم
يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس وثلث ما بقي بعد فرض
الزوج او الزوجة والباقي للاب عند الجمهور ولئلا يلزم رجحان نصيب الام على الاب فانه
خلاف الاجماع وان كان مكان الاب جد فللام ثلث جميع المال الا عند ابي يوسف فان لها ثلث
ما بقي ايضا كما في الاب والجدة الصحيحة وهي التي لا يدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد
كام اب الام ولها السدس لاب كانت او لام واحدة كانت او اكثر فيشتركن في السدس
اذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة لقوله صلى الله عليه وسلم اطعموا الجدات السدس وذات
وذات جهتين جهة والجدة اي اذا كانت جدة ذات قرابة واحدة كام ام الاب واخرى ذات
قرابتين او اكثر كام ام الام وهي ايضا ام اب الاب فيقسم السدس بينهما عند ابي يوسف
انصافا باعتبار الابدان وعند محمد اثلاثا باعتبار الجهات مثاله امراة زوجت بنت
بنتها من ابن ابنها فولدت منهما ولدا فهذه المزوجة ام ام ام الولد وهي ايضا ام اب اب الولد
فان تزوج هذا الولد بنت لها اخرى فولد بينهما ولد صارت هذه الجدة جدة لهذا الولد
الاخر من اربع اوجه وقس عليه الباقي والبعدى من اي جهة كانت تحجب القربى من اي
جهة كانت وارثة كانت القربى او محجوبة وتسقط كلهن بالام والابويات ايضا بالاب
وكذا بالجد الا ام الاب فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله وللزوج وله النصف
عند عدم الولد او ولد الابن وان سفل والربع مع الولد او ولد الابن وان سفل لقوله
تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن
وللزوجة والربع للواحدة فصاعدا الا الربع عند عدم الولد او ولد الابن وان سفل
والثمن مع الولد او ولد الابن وان سفل لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد
فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وبنات الصلب وللبنت الواحدة النصف لقوله تعالى وان

بنات

كانت واحدة فلها النصف وللاكثر الثلثان لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا
ما ترك اي اذا كان البنات ستا او اكثر فلهن ثلثا مال الميت والابن يعصبهن وله مثلا
حظهما لقوله تعالى للذكر مثل حظ الانثيين اي لكل بنت سهم ولكل ابن سهمان وولد الابن وهو
كولد الصلب عند عدمه اعلم ان اولاد الابن يقومون مقام اولاد الصلب عند عدمهم
ذكورهم مقام ذكورهم واناثهم مقام اناثهم يرثون ما يرثون ويحجبون ما يحجبون فالنصف
للواحدة والثلثان للاثنين فصاعدا عند عدم بنات الصلب ومع البنت الصلبية لهن
السدس تكملة للثلثين كذا الحوت ولا يرثن مع الصلبيتين الا ان يكون بحذائهن او اسفل منهن
ذكر فيعصبهن ويكون بحذائه وفي كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه ويسقطن بالابن
ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض
وثلاث بنات ابن ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض العليا من الفريق الاول لا يوازيها احد
الوسطى من الفريق الاول وصورته يوازيها العليا من الفريق الثاني السفلى من الفريق الاول
يوازيها الوسطى الاول الثاني الثالث من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث
الوسطى من الفريق الثاني ابنه ابنه ابن يوازيها الوسطى من الفريق الثالث السفلى من الفريق
الثالث لا يوازيها ابن بنت ابن ابن احد فللعليا من الفريق الاول النصف لانها
بمنزلة بنت الصلب وللوسطى ابن بنت ابن بنت ابن من الفريق الاول والعليا من الفريق الثاني السدس
تكملة الثلثين وسقطت بنت ابن بنت ابن بنت الباقيات الا ان يكون معهن غلام فيعصب
كانت بحذائه ومن بنت ابن بنت كانت فوقه بشرط ان لا يكون ذوات فرائض
وسقط من دونه بنت فنقول ان كان الغلام مع العليا من الفريق الاول
فالمال بينهما وبين الغلام للذكر مثل حظ الانثيين وان كان الغلام مع العليا من الفريق الثاني
فللعليا من الفريق الاول النصف والباقي بين الوسطى من الفريق الاول والعليا من الفريق الثاني وبين
اخيها للذكر مثل حظ الانثيين وان كان الغلام مع العليا من الفريق الثالث فللعليا من الاول
الاول النصف وللوسطى من الفريق الاول والعليا من الفريق الثاني السدس والباقي بين العليا
والفريق الثالث والوسطى من الفريق الثاني والسفلى من الفريق الاول وبين الغلام للذكر مثل حظ الانثيين
وان

٢٨٨
وان كان الغلام مع السفلى من الفريق الثالث فللعليا النصف ثم الغلام يعصب من بحذائه ومن
فوقه بحذائه ممن لم يكن له فرض فيقسمون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والاخوات لاب
وام كالبنات عند عدمهن فللواحدة النصف لقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله
اخت فلها نصف ما ترك والمراد الاخت لاب وام او لاب وللاكثر الثلثان لقوله تعالى
فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ومع الاخ لاب وام او لاب للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى
وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ولهن الباقي مع البنات او مع بنات
الابن لقوله صلى الله عليه وسلم اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة والاخوات لاب كالاولاد
الابن مع الصلبي بالاجماع فللواحدة النصف وللاكثر الثلثان عند عدم الاخوات لاب وام
ولهن السدس مع الاخت لاب وام تكملة للثلثين ولا يرثن مع الاختين لاب وام الا ان يكون
معهن اخ لاب فيعصبهن فيكون للاختين لاب وام الثلثان والباقي بين اولاد الاب للذكر
مثل حظ الانثيين ولهن الباقي مع البنات او مع بنات الابن لما روينا وللواحدة من ولد الام
السدس لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت فلكل واحد
منهما السدس والكلالة ميت لا ولد له ولا والد وقد اجمعوا ان المراد اولاد الام ويدل
عليه قراءة ابي وسعد ابن ابي وقاص وله اخ او اخت من ام وللاكثر الثلث ذكورهم واناثهم
في القسمة والاستحقاق سواء لقوله تعالى فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث
والشركة تقتضي المساواة كذا قاله اهل اللغة ويسقط جميع الاخوات بالابن وابن الابن
وان سفل وبالاب بالاتفاق وبالجد عند ابي حنيفة لرجحانه ولعموم ولانه في معنى الاب
ويسقط اولاد الاب بهؤلاء وبالاخ لاب وام ويسقط اولاد الام بالولد وان كان بنتا
وولد الابن والاب والجد بالاتفاق واما العصبة وهو من يأخذ الكل اذا انفرد والباقي
مع ذي سهم فنوعان نسبية وسببية اما النسبية فانواع عصبة بنفسه وعصبة بغيره
وعصبة مع غيره اما العصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته الى الميت انثى
فاصناف والاقرب جزء الميت اي البنون ثم بنوهم وان سفلوا ثم اصل الميت اي الاب ثم الجد
اب الاب وان علا ثم جزء ابيه اي الاخوة لاب وام ثم لاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم جزء جده اي

الاعمام ثم جد ابيه اي الاخ لاب وام ثم لاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم جد جده اي الاعمام لاب
وام ثم لاب ثم بنوهم وان سفلوا والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرائض
باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر اي لاقرب وذو القرابتين احق من قرابة واحدة ذكرا
كان او انثى لقوله صلى الله عليه وسلم ان اعيان الام بنو ام يتوارثون دون بني العلات كالاخ
لاب وام او الاخت لاب وام اذا صارت عصبة مع البنت احق من الاخ لاب وابن الاخ
لاب وام احق من ابن الاخ لاب وكذا الحكم في اعمام الميت ثم في اعمام ابيه ثم في اعمام جده
واما العصبة بغيره فاربع من النسوة وهن اللاتي فرضهن النصف والثلثان تصير
عصبة باخوتهن كما مر ومن لا فرض له من الاناث واخوها عصبة لا تصير عصبة باخيها كالعم
والعمة المال كله للعم دون العمة وكابن العم وبنت العم المال كله لابن العم دون البنت
وكبنت الاخ وابن الاخ المال كله لابن الاخ واما العصبة مع غيره فكل انثى تصير
وكل انثى تصير عصبة مع انثى اخرى كالاخت مع البنت كما مر واما العصبة السببية فالمعتق
ثم عصبته على الترتيب الذي مر في العصبات النسبية وقد مر الكلام فيه في كتاب الولاء على
الاستقصاء ومن يدلي الى الميت بشخص لا يرث معه ذلك الشخص سوى اولاد الام فانهم يرثون معها
لعدم استحقاقها كل التركة والمحجوب يحجب بالاتفاق كالاخوين او الاختين فصاعدا من اي جهة
كانا لا يرثان مع الاب ويحجبان الام من الثلث الى السدس فالاب والابن والزوجان والبنت
والام لا يحجبون حجب الحرمان ويحجب الزوجان والام وبنت الابن والاخت لا حجب النقصان
والمحروم لا يحجب كالمحروم بالرق حتى لا يرث العبد من الحر ولا الحر من العبد وسواء كان وافرا
كالقن او ناقصا كالمكاتب ومعتق البعض عند ابي حنيفة والمدبر وام الولد واما المسعى
في اعتاق الراهن المعسر فيرث ويورث عنه وانما لا يرث الرقيق لانه لا يثبت له ملك ولا يجوز
ان يثبت لسيده لانه ليس بوارث لمورثه والقتل قتل المورث مباشرة لقوله صلى
الله عليه وسلم لا ميراث لقاتل والحاصل ان كل قتل يتعلق به وجوب القصاص او الكفارة
يمنع الارث والا فلا لان حرمان الارث عقوبة ولا يناط الا بالفعل الحرام حتى لو قتله بحق
كالرجم والقود او كان القاتل غير مكلف او كان القتل تسببا لا يمنع الارث لانه لا يتعلق القصاص

او الكفارة في هذه الصور واختلاف الدينين حتى لا يرث الكافر من المسلم ولا المسلم من الكافر
لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلاف الدار لان الميراث
معلول التناصر وعند اختلاف الدارين لا ينصر احدهما صاحبه ولكن هذا الحكم في حق اهل
الكفر لا في حق المسلمين حتى لو مات مسلم في دار الحرب وله ابن في دار الاسلام يرثه ابنه الذي في
دار الاسلام ثم اختلاف الدار على نوعين حقيقي كحربي مات في دار الحرب وله ابن ذمي في دار الاسلام
فانه لا يرثه الذمي من ذلك الحربي وكذا لو مات ذمي في دار الاسلام وله اب او ابن في دار الحرب
فانه لا يرثه ذلك الحربي من هذا الذمي وحكمي كالمستأمن والذمي حتى لو مات مستأمن في دارنا
لا يرث منه وارثه الذمي لانهما وان كانا في دار واحدة حقيقة فهما في دارين حكما لان المستأمن
على عزم الرجوع وتمكن منه والدار انما تختلف باختلاف المنعة اي الجيش والملك لانقطاع
العصمة فيما بينهم الكفار يتوارثون فيما بينهم بالاسباب التي يتوارث بها المسلمون فيما بينهم
من النسب والسبب ويرث الكافر بالسببين كالمسلم بان ترك ابني عم احدهما اخ لام او زوج
وعند الشافعي اذا اجتمعت في المجوس قرابتان او اكثر يرث بالاقوى ويسقط اعتبار الاضعف
وعندنا ان امكن الجمع بينهما في الميراث ورث بهما ولو حجب احدهما فبالحاجب ولا يرث
بنكاح محرم وانما يرث بنكاح يقر عليه لو اسلم بيانه انه اذا تزوج مجوسي بنته فولدت
منه ابنا فهذا الابن ابن المجوسي وابن بنته فيرث منه بالبنوة لا ببنوة البنت لان ابن البنت
لا يرث مع الابن والمرأة ترث منه بالبنتية لا بالزوجية لانهما لا يقران على هذا النكاح
والمنكوحة ام هذا الولد واخته لابيه فلها الثلث منه بالامومية والنصف بالاختية
عندنا وعنده بالامومية لا غير لانها اقوى ميراث ولد الزنا وولد اللعان من جهة
الام فقط فلا يرث هذا الولد من الاب وقرابته ولا يرث الاب وقرابته من هذا الولد
لانقطاع نسبه من الاب فينقطع نسبه من قوم الاب ايضا وانما يكون ميراثه للام
واولاد الام وقرابتها ويوقف للحمل نصيب ابن واحد في رواية عن ابي يوسف وعليه الفتوى
لان الغالب ولادة ولد واحد والعبرة للغالب وعن ابي حنيفة انه يوقف للحمل نصيب اربعة
بنين لان هذا القدر موهوم بخلاف الزائد عليه لانه لم ينقل ان امرأة ولدت اكثر من اربعة

في بطن واحد وقد قال شريك رايت بالكوفة لابي اسمعيل اربعة بنين في بطن وعن محمد نصيب
ابني لانه معتاد فلو مات ونزل ابا واحدا وام وولدا حاملا يكون المال نصفين على القول المختار
فيوقف للحمل النصف ويعطي للحي النصف ولو ترك امراة حاملة وابنا فللمراة الثمن وللابن نصف ما بقي
فتصح المسئلة من ستة عشر ولو ترك امراة حاملا فحسب لها الثمن ولو ترك معها حاملة لها السدس
ولو ترك معها اخا او عما لا يعطي شيء لانه يسقط اذا كان الولد ابنا والاصل في مسائل الحمل انه اذا
كان الوارث الاخر ممن يتغير فرضه بالحمل يعطي اقل النصيبين وان كان ممن لا يتغير فرضه بالحمل يعطي
فرضه على الكمال وان كان يسقط بالحمل لا يعطي شيء لوقوع الشك في استحقاقه وقد مر مثاله
في كتاب المفقود وان خرج الاكثر يتحرك ثم خرج الباقي ميتا يرث وان خرج اقله لا والاصل
ان الحمل من جملة الورثة اذا كان موجودا وقت موت المورث وخرج حيا وانما يعرف كونه
موجودا وقت موت المورث اذا ولد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت ان كان النكاح قائما
وقت الموت وان كان في العدة وقت الموت وعلامة خروجه حيا ان يستهل وهو ان يسمع منه
صوت او عطاس وكذا اذا تحرك بشيء من اعضائه وانما كان كذلك لان الوراثة خلافة وذا انما
يتحقق بالموجود لا بالمعدوم ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموتى بل مال كل
واحد منهم لورثته الاحياء فلو غرق زوجان وترك كل واحد منهما اخا فما لها لاخيها
وماله لاخيه وكذا لو وقع حائط على جماعة وماتوا جميعا ولم يدر ايهم مات اولا لا يرث
بعضهم بعضا والاصل ان موتهم معا متصور وباعتبار هذه الحالة لا توارث فلا توارث
بالشك واما ذو الرحم وهو كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة ولا يرث مع ذي سهم
ولا مع عصبة سوى احد الزوجين لعدم الرد عليهما فعامة الصحابة رضي الله عنهم يرون توريث
ذوي الارحام وبه قال اصحابنا لقوله تعالى واولو الارحام بعضهم اولى ببعض اي بعضهم
اولى بميراث بعض وقوله صلى الله عليه وسلم الخال وارث من لا وارث له وقال زيد ابن ثابت
لا ميراث لذوي الارحام ويوضع في بيت المال وبه قال مالك والشافعي وذو الارحام
اربعة اصناف صنف ينتمي الى الميت وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن وصنف ينتمي
اليهم الميت وهم الاجداد الفاسدون والجدات الفاسدات وصنف ينتمي الى ابوي الميت كبنات

الثي

الاخوة لاب وام او لاب واولاد الاخوة لام واولاد الاخوات كلها وصنف ينتمي الى جدي الميت
كالاعمام واولادهم والعمات واولادهن والاخوال والخالات واولادهم وبنات الاعمام لاب وام
او لاب فهؤلاء وكل من يدلي بهم ذوو الارحام واولاهم بالميراث الصنف الاول وان كانوا
ابعد ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع على ترتيب العصبات وهو المأخوذ وعن ابي حنيفة ان الاول
الصنف الثاني وان علوا ثم الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا
والفتوى على الاول وعن ابي يوسف ومحمد ان اولاد الاخوة والاخوات اولى من الجد الفاسد
وهو اب الام واعلم ان الرد على اصحاب الفرائض مقدم على ذوي الارحام وانما يرث
ذوو الارحام اذا لم يكن احد من اصحاب الفرائض ممن يرد عليه ولم يكن عصبة واجمعوا
على ان ذوي الارحام لا يحجبون بالزوج والزوجة اي يرثون معهما فيعطى الزوج او الزوجة
نصيبه ثم يقسم الباقي بين ذوي الارحام كما لو انفردوا مثاله زوج وبنت بنت وخالة
وبنت عم فللزوج النصف والباقي لبنت البنت ثم الاولى بالميراث من الصنف الاول الاقرب الى
الميت كبنت البنت اولى من بنت بنت البنت لانهم يرثون على سبيل التعصيب فيرجح ثم يعتبر
الاقرب فالاقرب كذا هنا وان استووا في الدرجة اي في القرب فولد الوارث اولى سواء كان ولد
عصبة او ولد صاحب فرض كبنت بنت الابن اولى من ابن بنت البنت وابن بنت ابن اولى
من ابن بنت بنت وان سفلوا في القرب وليس فيهم ولد الوارث فالمال يقسم بينهم على السواء
ان كانوا ذكورا كلهم او اناثا كلهم فان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين وهذا
بلا خلاف ان اتفقت صفة الاصول اي الاباء والامهات في الذكورة والانوثة وان اختلفت صفة
الاصول فعند ابي يوسف يعتبر ابدان الفروع ويقسم المال بينهم على السواء ان كان الكل
ذكورا او كان الكل اناثا وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين وعند محمد رحمه الله
يوخذ العدد من ابدانهم والوصف من البطن الذي اختلف حتى لو ترك ابن بنت وبنت بنت
فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان لان صفة الاصول متفقة وكذا
لو ترك ابن بنت بنت وابنة ابن بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين لاتفاق
الاصول وهذا بلا خلاف ولو ترك بنت بنت بنت وبنت ابن بنت فعند ابي يوسف المال بينهما

يصفان اعتبارًا للابدان فيهما وعند محمد المال بينهما اثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت وثلثه لبنت
بنت البنت اعتبارا للاصول كانه مات عن ابن بنت وعن بنت بنت ثم ما اصاب ابن البنت
فلولده وما اصاب بنت البنت فلولدها ولو ترك ولدي بنت بنت وولدي ابن بنت فعند
ابي يوسف المال بينهم باعتبار الابدان على ستة لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم وعند محمد ثم
باعتبار الاصول فيجعل كانه ترك بنت بنت وابن بنت فيكون المال لابن البنت والثلث
لبنت البنت ثم ما اصاب ابن البنت يقسم بين ولديه اثلاثا ثلثاه لابنه وثلثه لبنته وما اصاب
بنت البنت يقسم بين ولديها اثلاثا ثلثاه لابنها وثلثه لبنتها فتكون القسمة من تسعة
ولو ترك بنتي ابن بنت وابن بنت بنت فعند ابي يوسف ظاهر وعند محمد يقسم بينهم اخماسا
خمس المال لابن بنت بنت واربعة اخماسه لبنتي ابن بنت كانه مات عن ابن بنت و[بنت] بنت
فما اصاب بنت البنت فلولدها وما اصاب الابن فلولديه ولو ترك ابني بنت بنت بنت
وبنت ابن بنت بنت وبنتي ابن بنت بنت فعند ابي يوسف المال بين الفروع اسباعا باعتبار
ابدانهم وعند محمد يقسم المال على اعلى الخلاف اي في البطن الثاني اسباعا باعتبار
ابدانهم عدد الفروع في الاصول اربعة اسباعه لبنتي بنت ابن البنت نصيب جدهما
وثلاثة اسباعه وهو نصيب البنتين يقسم على ولديهما في البطن الثالث انصافا نصفها
لبنت ابن بنت البنت نصيب ابيها والنصف الاخر لابني بنت البنت نصيب امهما وتصح من
ثمانية وعشرين وقول محمد اشهر الروايتين عن ابي حنيفة في جميع ذوي الارحام وعليه الفتوى
كذا ذكر الامام سراج الدين في شرح الفرائض وقال الامام الاسبيجابي في المبسوط قول
ابي يوسف اصح لانه اسهل وقال في المحيط ومشايخ بخارا اخذوا بقول ابي يوسف في حيض(?)
هذه المسائل ثم نحن نعتبر الجهات في توريث ذوي الارحام كما في اصحاب الفرض والعصبات
غير ان ابا يوسف يعتبر الجهات في ابدان الفروع ومحمد يعتبر الجهات في الاصول كما لو ترك ابني بنت
بنت وهما ايضا ابنا ابن بنت وابن بنت بنت كما لو زوجت امراة ابن بنتها من ابنة بنتها
فولدت بنتين فعند ابي يوسف المال بينهم على ثمانية وعشرين سهما ستة عشر سهما من قبل ابيهما وستة
اسهم من قبل امهما وستة اسهم للابن لانه يقسم المال في البطن الثاني وهو يعتبر عدد الفروع

في الاصول عند القسمة كانه ترك ثلاث بنات وابنين فالمال بينهم على سبعة للابنين اربعة اسباع لبنتيهما
ثلاثة امزاج(?) وللبنات ثلاثة اسباعه يقسم على البطن الثالث اي على الابن والبنتين ولا يستقيم ثلاثة على اربعة
فيضرب الاربعة في اصل المسالة وهو سبعة يصير ثمانية وعشرين يقسم على البطن الثاني للابنين اربعة اسباعها
ستة عشر وللبنات ثلاثة اسباعها اثنا عشر ثم يقسم على البطن الثالث بين الابن والبنتين نصفان للابن ستة
وللبنتين ستة وقد اخذنا ستة عشر بنصيب الابن فيحصل لها اثنان وعشرون وكذا في الصنف الثاني اولاهم
بالميراث اقربهم الى الميت من اي جهة كان اي سواء كان من جهة الاب او من جهة الام وعند الاستواء في
الدرجة اي القرب فمن كان يدلي بوارث فهو اولى عند ابي سهل الفرضي وجماعة من المشايخ وعند ابي سليمان
الجوزجاني من يدلي الى الميت بوارث ليس باولى وان استوت درجاتهم وليس فيهم من يدلي بوارث او
كانوا يدلون كلهم بوارث واتفقت صفة من يدلون بهم اي كلهم يدلون بالذكور او بالاناث واتحدت
قرابتهم اي كلهم من جانب الاب او كلهم من جانب الام فالقسمة على ابدانهم اي على عدد رؤوسهم الموجودين
كام اب الجد وام اب ام الاب وام اب ام ام الاب فهذه الجدات الثلاث استوت منازلهن
وليس فيهن من يدلي بوارث واتفقت صفة من يدلين بهم لان كل واحدة تدلي بذكر واتحدت قرابتهن
فيقسم بينهن اثلاثا لكل واحدة سهم وان اختلفت صفة من يدلون بهم يقسم المال على اول بطن اختلف
كما في الصنف الاول وان اختلفت قرابتهم بان كان البعض من جانب الام والبعض من جانب الاب
فالثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الام وكذا في الصنف الثالث اولاهم بالميراث اقربهم الى
الميت كبنت الاخ اولى من بنت بنت الاخت وان استووا في القرب فولد الوارث اولى عند البعض
مثل بنت ابن الاخ اولى من بنت بنت الاخت وان استووا في القرب واحدهما ولد العصبة
والاخر ولد صاحب الفرض فعند ابي يوسف يقسم المال باعتبار الابدان وعند محمد باعتبار الاصول
مثاله بنت الاخ وابن الاخت فعند ابي يوسف الثلثان لابن الاخت والثلث لبنت الاخ وعند محمد على
عكسه وان استووا في القرب وليس فيهم ولد عصبة ولا ولد صاحب فرض يقسم المال بينهم على السواء
ان كان الكل ذكورا او كان الكل اناثا وان كانوا مختلطين وقد اتفقت الاصول فللذكر مثل حظ
الانثيين وان اختلفت الاصول فكذلك عند ابي يوسف وعند محمد يعتبر اول بطن اختلف كما مر وان اجتمع
اولاد الاخوات المتفرقات او بنات الاخوة المتفرقين فعند ابي يوسف من كان لاب وام اولى وعند محمد

لعدم الاصول كالقريب كما لو ترك اخت لاب وام وبنت اخت لاب وبنت اخت لام فعند ابي يوسف المال كله لبنت الاخت
لاب وام وعند محمد بينهن اخماسا ثلاثة اخماس المال لبنت الاخت لاب وخمسه لبنت الاخت لام وثلاثة اخماسه
لبنت الاخت لاب وام فرضا وردا كانه ترك ثلاث اخوات متفرقين ولو ترك بنت اخ لاب وام وبنت اخ
لاب وبنت اخ لام فعند ابي يوسف المال كله لبنت الاخ لاب وام وعند محمد سدس المال لبنت الاخ والباقي
لبنت الاخ لاب وام ولا شيء لبنت الاخ لاب كانه ترك ثلاثة اخوة متفرقين والحكم في الصنف الرابع
انه اذا انفرد واحد منهم استحق كل المال وهذا الحكم ثابت في جميع الاصناف وان اجتمعوا وكان
حيز قرابتهم متحدا بان كان الكل من جانب واحد فالاقوى اولى بالاجماع اي من كان لاب وام اولى
ممن كان لاب ومن كان لاب اولى ممن كان لام ذكورا كانوا او اناثا وان كانوا ذكورا واناثا
واستوت قرابتهم فللذكر مثل حظ الانثيين كعم وعمة كلاهما لام او خال وخالة كلاهما لاب وام
او لاب او لام وان كان حيز قرابتهم مختلفا كعمة لاب وام وخالة لاب وام وعمة لام فالثلثان
لقرابة الاب وهو نصيب الاب والثلث لقرابة الام وهو نصيب الام وكذا في اولادهم اولاهم بالميراث
اقربهم الى الميت من اي جهة كان وان استووا في القرب وكان حيز قرابتهم متحدا فمن كان له قوة القرابة
فهو اولى بالاجماع وان استووا في القرب والقرابة وحيز قرابتهم متحد فولد العصبة اولى
كبنت العم وابن العمة كلاهما لاب وام او لاب فالمال كله لبنت العم وان كان احدهما لاب وام
والاخر لاب فالمال كله لمن له قوة القرابة بيانه ثلاث عمات عمة لاب وام وعمة لاب وعمة لام
وثلاث خالات خالة لاب وام وخالة لام فثلثا المال للعمات كله للعمة لاب وام لقوة القرابة
خالة لاب وام وخال لاب او عمة لاب وام وعمة لاب وعمة لام فثلثا المال للعمة التي لاب وام
لقوة القرابة وثلثه بين الخال والخالة لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين ونضع بنت عمة بنت
الخال لاب وام وبنت العمة لاب فثلثا المال لبنت العمة والثلث لبنت الخال بنت الخال لام
العمة لاب وام فالثلثان لابن العمة والثلث لبنت الخال بنت خالة لاب وام وبنت عم لام
فالثلثان لبنت العم لام والثلث لبنت الخالة بنت عم لاب وام وبنت عمة لاب وبنت عمة لاب وام
وبنت عمة لام ~~فالثلثان لبنت العم لام~~ فالمال كله لبنت العمة لاب وام لقوة القرابة بنت خالة
لاب وام وبنت خال لاب فالمال كله لبنت الخالة لقوة القرابة والفروض المذكورة في كتاب الله تعالى

ستة نصف وربع وثمن فهذا جنس وثلثان وثلث وسدس فهذا جنس اخر على التضعيف والتنصيف
اي النصف ضعف الربع والربع ضعف الثمن والثلثان ضعف الثلث والثلث ضعف السدس
ومخارج هذه الفروض اثنان للنصف اربعة ثمانية ثلاثة ستة كسميها اي للربع والثمن والثلث والسدس
وهذا عند عدم اختلاط الجنسين بان كان في المسئلة نصف او نصف وما بقي فاصلها من اثنين وان
كان فيها ربع او ربع وما بقي او ربع ونصف وما بقي او ربع وثلث وما بقي او ثلثان وما بقي او
ثلثان وثلث فمن ثلاثة وان كان فيها ربع او ربع وما بقي او ربع ونصف وما بقي او ربع وثلث وما
بقي فمن اربعة وان كان فيها سدس وما بقي او سدس ونصف وما بقي او سدس وثلث وما بقي او
سدس وثلث ونصف وما بقي فمن ستة كزوج وام واخوين لاب وام وهي الحمارية وقال الشافعي
ومالك بالتشريك وكذا سميت مشركة وكذا لو كان سدسان ونصف او ثلثان ونصف وان كان
فيها ثمن وما بقي او ثمن ونصف وما بقي فمن ثمانية واما عند الاختلاط فان اختلط النصف
بكل الثاني او ببعضه فمن ستة وان اختلط الربع بكل الثاني او ببعضه فمن اثني عشر وان اختلط
الثمن بكل الثاني او ببعضه فمن اربعة وعشرين واعلم انه لا يتصور اختلاط الثمن بكل الثاني على مذهب
ابن مسعود لان المحروم يحجب حجب النقصان عنده بيانه في امراة وام واخوين لاب وام
وابن محروم فعندنا المسئلة من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر وعنده من اربعة وعشرين وتعول
الى احد وثلاثين لان الابن المحروم يحجب المراة من الربع الى الثمن وتعول من ثمانية فالستة
تعول الى سبعة كزوج واختين لاب وام والى ثمانية كزوج واختين لاب وام والى تسعة
كزوج واختين لاب وام واخوين لام والى عشرة كزوج واختين لاب وام والى ~~عشرة~~
كزوج واختين لاب وام واختين لام وام وهي الشريحية لانها وقعت في زمانه فهذا المخرج
تعول وترا وشفعا والاثنا عشر تعول الى ثلاثة عشر كزوجة واختين لاب وام واخ لام
والى خمسة عشر كزوجة وبنتين وابوين والى سبعة عشر كزوجة واختين لاب وام واخوين لام
وام فهذا المخرج تعول وترا لا شفعا والاربعة والعشرون تعول الى سبعة وعشرين عولا واحدا
كامراة وبنتين وابوين وهي المنبرية لان عليا رضي الله عنه سئل على المنبر عنها فقال
صار ثمنها تسعا ولا يزاد على هذا الا عند ابن مسعود رضي الله عنه فان عنده تعول الى احد وثلاثين

كابنتا ابن في مسئلة المحروم فالحاصل ان مجموع المخارج سبعة اربعة منها لا تعول ابدا والا بد اربعة
ثمانية بالاستقراء وثلاثة تعول ستة واثنا عشر واربعة وعشرون بالاستقراء ايضا ويحتاج في تصحيح المسائل الى
سبعة اصول ثلاثة بين السهام والرؤوس وهي الاستقامة والموافقة والمباينة فانها ان انقسمت عليهم بلا كسر فلا
حاجة الى الضرب كابوين وبنتين اصل المسئلة من ستة وتستقيم على الكل وان انكسر على طائفة واحدة وبين سهامهم
ورؤوسهم موافقة فاضرب وفق عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام في اصل المسئلة كابوين وعشر بنات اصل المسئلة
من ستة وتصح من ثلاثين وعولها ان كانت عائلة كزوج وابوين وست بنات اصلها من اثني عشر وتعول الى
خمسة عشر وتصح من خمسة واربعين وان لم يكن بين سهامهم ورؤوسهم موافقة فاضرب كل عدد رؤوس من
انكسر عليهم السهام في اصل المسئلة كزوج وخمس اخوات لاب اصلها من ستة وتعول الى سبعة وتصح من
خمسة وثلاثين واربعة بين الرؤوس وهي التماثل والتداخل والتوافق والتباين وذلك عند تعدد
الكسر بان يكون الكسر على طائفتين او اكثر فان تماثل اعداد الرؤوس المنكسرة اي يكون كل واحد منها
مساويا للآخر فاضرب احد الاعداد في اصل المسئلة كست بنات وثلاث جدات وثلاثة اعمام اصلها
من ستة وتصح من ثمانية عشر وان تداخل بعض الاعداد في البعض بان يعد اقلها الاكثر اي يفنيه
فاضرب اكثر الاعداد في اصل المسئلة كاربع زوجات وثلاث جدات واثني عشر عما اصلها من اثني عشر
وتصح من مائة واربعة واربعين وان وافق بعض الاعداد بعضا بان لا يعد اقلها الاكثر ولكن
يعدهما عدد ثالث كالثمانية مع العشرين يعدهما اربعة فاضرب وفق احد الاعداد في جميع الثاني
ثم ما بلغ في وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث والا فالمبلغ في الثالث ثم في الرابع كذلك ثم
المبلغ في اصل المسئلة كاربع زوجات وثماني عشرة جدة وستة اعمام اصلها من اربعة وعشرين
للزوجات الثمن ثلاثة ولم يستقم عليهن ولا موافقة بين العددين فاخذنا عدد رؤوسهن اربعة
وللبنات الثلثان ستة عشر ولم يستقم عليهن ولكن بين العددين موافقة بالنصف فاخذنا نصف
عدد رؤوسهن تسعة وللجدات السدس اربعة ولم يستقم عليهن ولا موافقة بين العددين فاخذنا
جميع عدد رؤوسهن ستة فحصل معنا اربعة ستة تسعة خمسة عشر فطلبنا الوفق بين اربعة وستة
فوجدنا بينهما موافقة بالنصف فضربنا نصف احدهما في جميع الآخر فبلغ اثني عشر ثم طلبنا الوفق
بينه وبين التسعة فوجدنا بينهما موافقة بالثلث فضربنا ثلث احدهما في جميع الآخر فبلغ ستة وثلاثين

فضربنا في اصل المسئلة وذلك اربعة وعشرون فبلغ اربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين ومنها تصح المسئلة
وان تباين بعضها بعضا بان لا يعد العددين معا عدد ثالث كالتسعة مع العشرة فاضرب احد
الاعداد في جميع الثاني ثم ما بلغ في جميع الثالث ثم ما بلغ في جميع الرابع ثم المبلغ في اصل المسئلة
كامرأتين وست جدات وعشر بنات وسبعة اعمام اصلها من اربعة وعشرين للمرأتين ثلاثة ولم يستقم
عليهما ولا موافقة فاخذنا عدد رؤوسهما اثنين وللبنات الثلثان ستة عشر ولا يستقيم عليهن وبين
العددين موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤوسهن خمسة وللجدات السدس اربعة ولم يستقم
عليهن وبين العددين موافقة بالنصف فاخذنا نصف عدد رؤوسهن ثلاثة وللاعمام الباقي سهم
ولا يستقيم عليهم ولا موافقة بين الواحد والسبعة فاخذنا عدد رؤوسهم سبعة فحصل معنا اثنان ثلاثة
خمسة سبعة وبين هذه الاعداد مباينة فاضرب الاثنين في الثلاثة والمبلغ في الخمسة ثم المبلغ في
السبعة ثم المبلغ وهو مائتان وعشرة في اصل المسئلة وذلك اربعة وعشرون فبلغ خمسة آلاف
واربعين ومنها تصح المسئلة ولو ترك زوجا وست جدات وخمس اخوات لاب اصلها من ستة وتعول
الى ثمانية وتصح من ثلثمائة وستين للزوج مائة وخمسة وثلاثون ولكل الجدات خمسة ولكل واحد من الاخوات
ثلاثون وطريق معرفة الموافقة والمباينة بين المقدارين المختلفين ان تنقص من الاكثر بمقدار الاقل
من الجانبين مرارا حتى يتفقا في درجة فان اتفقا في واحد فلا وفق وان اتفقا في عدد فهما متوافقان
ففي الاثنين بالنصف وفي الثلاثة بالثلث هكذا الى العشرة وفيما وراء العشرة متوافقان بجزء من
ذلك العدد اي في احد عشر بجزء من احد عشر وفي خمسة عشر بجزء من خمسة عشر فاعتبر هذا وما فضل
عن فرض ذوي الفروض ولا مستحق له يرد على ذوي الفروض بقدر حقوقهم الا على الزوجين عندنا
وهو قول عامة الصحابة وقال زيد الفاضل لبيت المال ولا يرد عليهم وبه قال مالك والشافعي
لان السهام بتقدير الشرع فيمتنع الزيادة والنقصان ولنا ان استحقاق عامة المسلمين
بالاسلام واصحاب الفرائض شاركوهم في الاسلام وترجحوا بالقرابة فيصرف اليهم وقيل
مسئلة الرد مبنية على مسئلة ذوي الارحام اذ الرد باعتبار الرحم حتى لا يرد على الزوجين
لعدم الرحم ولما قدم ذوي الارحام عندنا على بيت المال وكذا اصحاب الفروض في الفاضل عن
فروضهم مقدمون على بيت المال وعند مالك والشافعي لما لم يستحق ذوي الارحام شيئا وصرف المال

فكذلك الفاضل عن فرض ذوي الارحام المفروض حصته بيت المال كمسايل الرد اربعة اقسام
احدها ان يكون جنس واحد ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه فالمسألة من رؤوسهم كبنتين او اختين
او جدتين فاجعل المسألة من اثنين وثانيها ان يجتمع في المسألة جنسان او ثلثة اجناس ممن يرد عليه فالمسألة
من سهامهم من اثنين لو كان في المسألة سدسان كجدة واخت لام اصل المسألة من ستة وتصح من اثنين للجدة
سهم وللاخت سهم ومن ثلاثة لو كان ثلث وسدس كام واختين لام اصلها من ستة وتصح من ثلاثة للام
سهم وللاختين سهمان ومن اربعة لو كان نصف وسدس كبنت وبنت ابن ومن خمسة لو كان ثلثان
وسدس كبنتين وام وثالثها ان يكون مع الاول من لا يرد عليه فادفع فرض من لا يرد عليه
من اقل مخارجه ثم اقسم الباقي على رؤوس من يرد عليه فان استقام فلا حاجة الى الضرب كزوج
وثلاث بنات فاقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة فاعط للزوج ربعها سهما يبقى ثلاثة يستقيم
على عدد رؤوس البنات فتصح المسألة من اربعة وان لم يستقم على عدد رؤوس البنات فتصح المسألة من اربعة
وان لم يستقم ووافق رؤوس الباقي فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ تصحيح المسألة
كزوج وست بنات فاقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة اعط للزوج ربعها سهما بقي ثلاثة ولم يستقم
على عدد رؤوس البنات ولكن بينهما موافقة بالثلث فاضرب وفق عدد رؤوسهن وهو
اثنان في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو اربعة فبلغ ثمانية فمنها تصح المسألة كان للزوج من مخرج فرض
من لا يرد عليه سهم فاضربه في المضروب اثنين فصار اثنين فهو له والباقي ثلاثة اضربها في المضروب
فصار ستة فهو نصيب البنات لكل بنت سهم وان لم يوجد بين الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه
وبين رؤوس من يرد عليه موافقة فاضرب كل عدد رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ
تصحيح المسألة كزوج وخمس بنات اعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخرجه وهو اربعة سهما
بقي ثلاثة ولم يستقم عليهن ولا موافقة بينهما فاضرب عدد كل رؤوسهن وهو خمسة في مخرج فرض
من لا يرد عليه بلغ عشرين فمنه تصح المسألة كان للزوج سهم فاضربه في المضروب بلغ خمسة
فهي له والباقي ثلاثة اضربها في المضروب تبلغ خمسة عشر واقسم عليهن لكل بنت ثلاثة ورابعها
ان يكون مع الثاني من لا يرد عليه اي يكون في المسألة جنسان او اكثر ممن يرد عليهم ومعهم من لا
يرد عليه ايضا فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه فان استقام

فيها كزوج واربع جدات وست اخوات لام فمخرج فرض من لا يرد عليه اربعة اعط للزوج
ربعها سهما بقي ثلاثة ومسألة من يرد عليه من ثلاثة لان للجدات السدس وللاخوات لام الثلث
اصل المسألة من ستة سدسها واحد وثلثها اثنان فيكون الكل ثلاثة فعلم ان مسألة من يرد عليه
من ثلاثة فالثلاثة الباقية من مخرج فرض من لا يرد عليه تنقسم على هذه الثلاثة فسهم للجدات وسهمان
للاخوات فان اردت تصحيح المسألة فاعمل فيه ما بينا في تصحيح المسائل بلا رد
وان لم يستقم الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه فاضرب سهام جميع
من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ مخرج فروض الفريقين ثم اضرب سهام من لا
يرد في مسألة من يرد عليه وما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه فيما حصل فهو نصيب كل
واحد من الفريقين كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات اعط فرض من لا يرد عليه
من اقل مخارجه وهو ثمانية ثمنها واحد بقي سبعة ومسألة من يرد عليه من خمسة لان الفرض
ثلثان وسدس فيكون الكل خمسة والباقي من مخرج فرض الزوجات وهو سبعة لا ينقسم على
خمسة ولا موافقة بينهما فاضرب الخمسة في الثمانية مخرج الزوجات بلغ اربعين فهو
مخرج فروض الفريقين ثم اضرب سهم من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه وهي خمسة لان المضروب
مسألة من يرد عليه بلغ خمسة وهو نصيب الزوجات من الاربعين وسهام من يرد عليه
فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وللبنات من مسألة من يرد عليه اربعة فاضربها في الباقي
في مخرج فرض من لا يرد عليه فبلغ ثمانية وعشرين فهي لهن وللجدات سهم فاضربه في السبعة
بلغ سبعة فهي لهن وان انكسر على البعض فصحح المسألة بالاصول المذكورة كما في هذه
المسألة فللزوجات خمسة من الاربعين وهن اربعة والخمسة لا تنقسم على الاربعة ولا موافقة
بينهما فخذ جميع عدد رؤوسهن اربعة وللبنات ثمانية وعشرون وهن تسع ولا تنقسم الثمانية
والعشرون على التسعة ولا موافقة بينهما فخذ جميع عدد رؤوسهن تسعة وللجدات سبعة
وهن ستة ولا تنقسم السبعة على الستة ولا موافقة بينهما فخذ عدد رؤوسهن ستة فصار
معنا اربعة ستة تسعة وبين الاربعة والستة موافقة بالنصف فاضرب نصف احدهما في جميع
الاخر بلغ اثني عشر وبين اثني عشر وبين تسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث احدهما في جميع الاخر

بلغ ستة وثلاثين فهو المضروب فاضربه في الاربعين وهو مخرج فرض الزوجات يبلغ الفا وثمانية
واربعين فمنها تصح المسألة للزوجات مائة وثمانون لكل واحدة خمسة واربعون وللجدات مائتان
وخمسون لكل واحدة اثنان واربعون وللبنات الف وثمانية لكل واحدة مائة واثنا عشر وان مات
بعض الورثة قبل قسمة التركة فصحح مسألة الميت الاول على ورثته واعط سهام كل وارث من التصحيح
ثم صحح مسألة الميت الثاني على ورثته ثم انظر ما في يد الميت الثاني من التصحيح الاول وبين تصحيح
الميت الثاني ثلاثة احوال فان استقام ما في يد الميت الثاني من التصحيح الاول على تصحيح الميت
الثاني فلا حاجة الى الضرب وتصح المسألتان من تصحيح مسألة الميت الاول وان لم يستقم ما في يد
الميت الثاني على التصحيح الثاني فانظر ان كان بينهما موافقة فاضرب وفق تصحيح الميت الثاني
في كل تصحيح الميت الاول وان كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الاول
فالمبلغ تصحيح المسألتين وان مات ثالث فاجعل المبلغ مقام التصحيح الاول واجعل تصحيح
الميت الثالث مقام تصحيح الميت الثاني في العمل ثم الرابع والخامس كذلك الى غير النهاية
وسهام ورثة الميت الاول تضرب في المضروب اي في التصحيح الثاني اذا كانت ما في يد الميت
الثاني وبين تصحيحه مباينة او في وفقه اذا كان بينهما موافقة وسهام ورثة الميت الثاني
تضرب في كل ما في يده من التصحيح الاول عند المباينة او في وفقه عند الموافقة مثاله
زوج وام وبنت وام فهذه المسألة ردية لانه بقي سهم من اثني عشر ولا مستحق له فيجعل فرض ولا يرد عليه
اربعة اعطينا الزوج الربع بقي ثلاثة ومسألة البنت والام من اربعة لان للام السدس وللبنت
النصف والثلاثة الباقية من مخرج الزوج لا تستقيم على الاربعة ولا موافقة بينهما فاضرب كل مسألة
البنت والام وذلك اربعة في مخرج فرض الزوج وذلك اربعة يبلغ ستة عشر للزوج اربعة
وللبنت تسعة وللام ثلاثة فيكون في يد الزوج اربعة فان مات الزوج قبل القسمة
عن امراة وابوين فمسألة ورثته الزوج من اربعة للمراة الربع وللام ثلث ما بقي سهم وللاب
الباقي سهمان وما في يد الزوج وهو اربعة تستقيم على مسألة ورثته فكانتا المسألتين يصحان
من ستة عشر لبنت الميت الاول تسعة ولام الميت الاول ثلاثة ولامراة الميت الثاني سهم
ولاب الميت الثاني سهمان فان مات الميت عن ابنين وبنت وجدة وهي ام الميت الاول فتصحيح

مسألة البنت من ستة للجدة السدس سهم وللابنين سهمان وللبنت سهم وما في يدها وهو تسعة لا يستقيم
على الستة ولكن بينهما موافقة بالثلث فاضرب ثلث الستة وهو اثنان في ستة عشر يبلغ اثنين وثلاثين
فمنها تصح المسائل الثلاث فمن كان له شيء من ستة عشر فهو مضروب في وفق مسألة البنت
وهو اثنان ومن كانت له سهام من ستة فهو مضروب في وفق ما في يد البنت وهو ثلاثة فلام
الميت الاول ثلاثة من ستة عشر فاضرب في اثنين تصير ستة فهي لها وللامراة الميت الثاني سهم
فاضربه في اثنين يكون سهمين فهما لها ولكل واحد من ابني الميت الثالث من الستة سهمان فاضربهما
في ثلاثة يبلغ ستة فهي له وللبنت الميت الثالث سهم فاضربه في ثلاثة فهي لها وللجدة الميت الثالث
وهي ام الميت الاول سهم فاضربه في ثلاثة فهي لها وقد كان لها ستة فصار لها تسعة وللامراة
الميت الثاني سهمان وللاب الميت الثاني اربعة ولام الميت الثاني سهمان ولكل واحد من ابني الميت
الثالث ستة ولبنت الميت الثالث ثلاثة ولجدة الميت الثالث تسعة فان ماتت الجدة عن زوج والابوين
وفي يدها تسعة ولتصحيح مسألتها اربعة ولا تستقيم التسعة على اربعة ولا موافقة بينهما فاضرب
الاربعة في اثنين وثلاثين صار مائة وثمانية وعشرين فهو تصحيح المسائل الاربعة فمن كان
له شيء من الاثنين وثلاثين فاضربه في الاربعة وهي مسألة الجدة ومن كان له شيء من الاربعة
فاضربه في التسعة وهي ما في يد الجدة فلامراة الميت الثاني من اثنين وثلاثين سهمان
فاضربهما في الاربعة فصار ثمانية فهي لها وللاب الميت الثاني اربعة فاضربها في الاربعة فهي له
ولام الميت سهمان فاضربهما في الاربعة فصار اربعة وعشرين فهي له ولبنت الميت الثالث
ثلاثة فاضربها في الاربعة يبلغ اثني عشر فهي لها وللزوج الميت الرابع سهمان من الاربعة
فاضربها في التسعة صار ثمانية عشر فهي له ولكل واحد من ابوي الميت الرابع سهم
فاضربه في التسعة فصار تسعة فهي له وان اردت ان تعرف نصيب كل فريق من التصحيح
فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسألة فيما ضربته في اصل المسألة اي الذي سميته
المضروب فما حصل فهو نصيب كل فريق كما في المسألة المتباينة المذكورة فيما تقدم للزوجات
من اصل المسألة ثلاثة اسهم فاضربها في المضروب وهو مائتان وعشرة فيبلغ ستمائة وثلاثين
فهي لهن وكان للبنات ستة عشر فاضربها في المضروب وذلك مائتان وعشرة فيبلغ ثلاثة

الاخ وثلثمائة وستين وهي للبنات وكان للجدات اربعة فاضربها في المضروب وذلك مايتا
وعشرون وسبع عشر ثمانية واربعين وهي للجدات وكان للعمام سهم فاضربه في المضروب وذلك
مايتان وعشرون سهم لهم وان اردت ان تعرف نصيب كل واحد من احاد الفريق فانسب
سهام فريق من اصل المسالة الى عدد رووسهم مفردا ثم تعطي مثل تلك النسبة من المضروب
لكل واحد من احاد الفريق كما في هذه المسالة فانسب سهام الزوجتين وهي ثلاثة اليهما تكن
النسبة مثلا ونصفا فاعط لكل واحدة منهما مثل المضروب ومثل نصفه وذلك ثلثمائة وخمسة
ثم انسب سهام البنات وهي ستة عشر الى عدد رووسهن وذلك عشرة فيكون مثلها ومثل
ثلاثة اخماسها فاعط لكل بنت مثل المضروب في مثل ثلاثة اخماسه وذلك ثلاثمائة وستة وثلاثون
ثم انسب سهام الجدات وهي اربعة الى عدد رووسهن وذلك ستة فيكون مثل ثلثيها فاعط
لكل واحدة مثل ثلثي المضروب وذلك مائة واربعون ثم انسب سهام الاعمام الى عدد رووسهم
وذلك سبعة فيكون مثل سبعها فاعط لكل عم سبع المضروب وذلك ثلثون واما
في قسمة التركات فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في جميع التركة ثم اقسم المبلغ على
التصحيح اي مصحح المسالة ثم اطلب الوفق بين التصحيح وبين التركة فان كان بينهما مباينة
فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح والحاصل
فهو نصيب كل واحد من الورثة من التركة كزوج وابوين وابن وبنتين والتركة سبعة عشر
دينارا فصحح المسالة اولا فاصل المسالة من اثني عشر للزوج الربع ثلاثة تستقيم عليه
وللابوين السدسان اربعة تستقيم عليهما وللاولاد الباقي خمسة لا تستقيم على عدد
رووسهم وذلك اربعة تفريرا ولا موافقة بينهما فاضرب الاربعة في اصل المسالة تبلغ
ثمانية واربعين فيصير للزوج اثني عشر ولكل واحد من الابوين ثمانية وللابن عشرة
ولا موافقة بينهما فاضرب سهام وهي اثنا عشر في التركة سبعة عشر واقسم الحاصل وهو
مايتان واربعة على التصحيح وذلك ثمانية واربعون يخرج اربعة دنانير وربع دينار
فهي للزوج من التركة ثم اضرب سهام الاب من التصحيح وذلك ثمانية في سبعة عشر واقسم
الحاصل وهو مائة وستة وثلاثون على ثمانية واربعين يخرج ديناران وخمسة اسداس دينارا

وهي للاب من التركة وكذا للام ثم اضرب سهام الابن وهي عشرة في سبعة عشر واقسم الحاصل
وهو مائة وسبعون على ثمانية واربعين يخرج ثلاثة دنانير ونصف دينار وطسوج وهي للابن من
التركة ثم اضرب سهام كل بنت وهي خمسة في سبعة عشر واقسم الحاصل وهو خمسة وثمانون
على ثمانية واربعين يخرج دينار وثلاثة ارباع دينار وحبة وهي لكل بنت من التركة وان كان
بين التركة موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم المبلغ على
وفق التصحيح فالخارج نصيب ذلك الوارث كما لو كانت التركة ثمانية عشر في هذه المسالة
فاطلب الوفق بين ثمانية واربعين وبين ثمانية عشر تجد بينهما موافقة بالسدس فاضرب
سهام الزوج وهي اثني عشر في وفق التركة وذلك ثلاثة واقسم الحاصل وهو ستة
وثلاثون على وفق التصحيح وهو ثمانية يخرج اربعة دنانير ونصف فهو للزوج من التركة
ثم اضرب سهام الاب وهي ثمانية في الثلاثة واقسم الحاصل وهو اربعة وعشرون على
الثمانية يخرج ثلاثة دنانير وهي للاب من التركة وكذا للام ثم اضرب سهام الابن وهي عشرة
في الثلاثة واقسم الحاصل وهو ثلاثون على الثمانية يخرج ثلاثة دنانير وثلاثة ارباع دينار فهي
للابن من التركة ثم اضرب سهام كل بنت وهي خمسة في الثلاثة واقسم الحاصل وهو خمسة عشر على
الثمانية يخرج دينار وخمس دوانق وطسوج وهي لكل بنت من التركة وفي قضاء الديون
دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث في العمل ومجموع الديون بمنزلة التصحيح اي اذا لم تف
بالديون والغريم اكثر من واحد فاطلب الوفق بين مجموع الديون وبين التركة فان كان بينهما
مباينة فاضرب دين كل غريم في جميع التركة ثم اقسم الحاصل على مجموع الديون كما لو كانت
التركة سبعة عشر والديون ثمانية واربعون دينارا لزيد اثنا عشر دينارا ولعمرو ستة
عشر دينارا ولبكر عشرون دينارا وبين سبعة عشر وثمانية واربعين مباينة
فاضرب دين زيد وهو اثني عشر في جميع التركة وذلك سبعة عشر واقسم الحاصل وذلك
مايتان واربعة على مجموع الديون وذلك ثمانية واربعون يخرج اربعة دنانير وربع دينار
فهي لزيد من التركة وبقي له على الميت سبعة دنانير وثلاثة ارباع دينار وقس على هذا
دين عمرو ودين بكر وان كان بينهما موافقة فاضرب دين كل غريم في وفق التركة ثم اقسم الحاصل

على وفق مجموع الديون فاخرج منه نصيب ذلك الغريم كما لو كانت التركة ... وبينهما موافقة بالاسداس فاضرب ديته ربعه و ذلك اثنى عشر في وفق التركة واو ... ... وهو سته
وثلاثون على وفق مجموع الديون وذلك ثمانيه يخرج اربعه دنانير ونصف دينار فهي لزيد من التركه
وبقي له على الميت سبعه دنانير ونصف دينار وقس عليه دين بكر وان صالح بعض الورثه
على شى من التركه فاطرح سهامه من التصحيح او من اصل المسله وجعل كان لم يكن ثم اقسم
باقي التركه على سهام الباقين اي صح المسله ثم اطرح سهامه من التصحيح واقسم الباقي على
سهام بقيه الورثه كزوج وام وعم فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر وخرج من بين الورثه
فاطرح سهامه من التصحيح وهي ثلاثه واقسم باقي التركه بين الام والعم اثلاثا بقدر سهامهما
سهمان للام وسهم للعم لان اصل المسله من سته للزوج النصف ثلاثه وللام الثلث سهمان
وللعم الباقي سهم فلما طرح سهام الزوج بالتخارج بقي سهمان للام وسهم للعم فيقسم باقي
المال بينهما اثلاثا والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

والحمد لله على ان وفقني لاتمام هذا الكتاب مشتملا على مسايل الهدايه وتعليلاتها وتفريعاتها
موضحا المعضلاتها مبينا لعويصاتها حاويا لمسايل الجامع الكبير والزيادات ونظم الخلافيات
وبعض مسايل المبسوط والواقعات متضمنا لما هو المعول عليه من الكتاب محلا بقواعد
اصول الفقه واشارات تسترشد القرايح الصافيه مغري عن تطويلات تبلد الاذهان
وتبرد الخواطر الماضيه واعلم انه لا يستصح مخزون انواره ولا ينكشف مصون
اسراره على مطالع الابعد استعمال الفكر وامعان النظر والمثابره على المطالعه بالجلوه
وفراغ البال والتوقي عن مزدحم الاشتغال بعد ان كان فارسا في علم اصول الفقه
حافظ الفروع اخذا من ساير العلوم جامعا بين تحصين وحمك كثرة المطالعات طويل
المراجعات قد رجع زمانا ورجع اليه وردد وردد عليه ... البحر مستعل القريحه
فاما من سولت نفسه فاراد ان يدرك المعنيه بالنظر الاول بمجرد المطالعه من توزع الخاطر
واضطراب الفكر فهو مغرور مغبون واظن به ان يكون ممن لا يعلم الكتاب الا اماني وان هم
الا يظنون وربما حكم صاحب هذه الحاله على لفظ الكتاب بالاخلال متى انتبه عليه وعلى معناه

بالاخلال

بالاخلال ... منه الفهم محتواه وكم من غالب فولا صحاحا وافته من الطبع السقيم والختم
امان بالدعا الماثور اللهم رب السموات السبع وما اظلت ورب
الارضين وما اقلت ورب الشياطين وما اضلت كن لي جارا من شر خلقك كلهم جميعا
ان يفرط على احد منهم وان يبغي عز جارك وجل ثناوك ولا اله غيرك لا اله الا انت

تم الكتاب بحمد الله تعالى وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم

جامعة الملك سعود
قسم المخطوطات
عمادة شؤون المكتبات

Copyright © King Saud University